Die Formvorschriften der Auflassung nach deutschem Reichsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wilhelm Hickmann,
Gerichtsassessor aus Arnsberg.

Marburg 1931.

Druck: Handelsdruckerei C. Trute, Quakenbrück i. H.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 26. Februar 1931.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Alfred Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

1. Einleitung 1
2. Das Wesen der Auflassung 1
3. Die Auflassungsbehörde 8
4. Kann die Auflassung auch im Prozeßvergleich erfolgen? 14
5. Der Inhalt der Auflassungserklärung 18
6. Ist die Auflassung notwendig beurkundungsbedürftig? 22
7. Die Mitwirkung des Grundbuchbeamten bei der Entgegennahme der Auflassung 27
8. Die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien 30
   a) Die Ausnahmebestimmung des Artikel 143 Abs. 2 EG. zum BGB. 30
   b) Die Erklärung einer Partei kann durch ein Urteil ersetzt werden 33
9. Kontrahieren mit sich selbst 34
10. Konvaleszenz 34
11. Die Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam 40
12. Die Verfügungsbeschränkung bei der Grundstücksübereignung durch die Bundesratsverordnung vom 15. März 1918 und das preuß. Grundstücksverkehrsgesetz vom 10. Bebruar 1923 41

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547924_0012

Literaturverzeichnis.

Achilles Strecker, Die Grundbuchordnung. Berlin 1901.

Bendix, Die Auflassung eine mündliche Erklärung? DJZ. 1902 Seite 478.

Birkenbihl, Die freiwillige Gerichtsbarkeit, Berlin 1900.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. Berlin 1903.

Breit, Die Bedeutung der Beurkundung für die Auflassungserklärung in Zeitschrift für den deutschen Notarverein, Band 4, S. 173, 541.

Bruck, Ernst, Die Einigung im Sachenrecht des BGB. Berlin 1900.

Bürgerliches Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1903 u. 1904.

Cohn, Ludwig, Die Auflassung eine mündliche Willenserklärung? DJZ. 1902, S. 269.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 1, 3. Aufl. 1906. Bd. 3, 4. Aufl. 1908.

Dronke, Prozeßvergleich. In Busch's Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß, Bd. 30, S. 56.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 47, S. 51.

Eccius, in Gruchots Beiträgen, Bd. 51, S. 6 u. 681 und in DJZ. 1903, S. 41.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1903

Enneccerus-Wolff, Sachenrecht.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Entwurf einer Grundbuchordnung nebst Motiven. Amtliche Ausgabe, Berlin 1889.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl. München 1906.

Förster, Konrad, Konvaleszenz der Auflassungserklärung. Im Recht 1902, S. 115, 153.

Förster, K., Inhalt der Auflassungserklärung. Im Recht 1900, S. 478, Recht 1903, S. 336.

Fuchs, Grundbuchrecht, Berlin 1902.
Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht, Bd. 2. Berlin 1908.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 2, Sachenrecht. Berlin 1912.
Güthe-Triebel, Die Grundbuchordnung, 1929.
Henle, W., Kann der Grundbuchbeamte auch außerhalb der Gerichtsstelle auch Auflassungen entgegennehmen? Im Recht 1900, S. 434.
Josef, Die Auflassung im prozeßgerichtlichen Vergleich, in Gruch. Beiträgen, Bd. 53, S. 790.
Josef, Die Bedeutung der Beurkundung für die Auflassung. In der Zeitschrift für den deutschen Notarverein, Bd. 4, S. 460, 606.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1906.
Maenner, Das Sachenrecht. München 1906.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Manigk, Irrtum und Auslegung. 1918.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Berlin 1909.
Oertmann, Die Rechtsbedingung.
Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag. Berlin 1904.
Pitel, Der Inhalt der Auflassungserklärung. Im Zentralblatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, Bd. 2, S. 77.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch.
Predari, Grundbuchordnung. Berlin 1913.
Protokolle für die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts.
Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 u. 2.
Stein, Zivilprozeßordnung, Bd. 1.
Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Rechte an Grundstücken. Berlin 1898.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. Paderborn 1906.
v. Vangerow, Pandekten, 7. Aufl, Marburg, Leipzig 1863/69.
Wolff, Th., Begründet das über ein Immobiliarpfandrecht formlos geschlossene Kaufgeschäft einen klagbaren Anspruch auf die Rechtsänderung? In Gruch. Beitr. Bd. 47, S. 26.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1890.

Die Formvorschriften der Auflassung nach deutschem Reichsrecht.

1. Einleitung.

Die Auflassung ist gemäß § 925 BGB. die zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 BGB. erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers. Sie muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden und ist nach § 925 BGB. Abs. 2 unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt. Die Einigung ist bei der Uebertragung eines Grundstückes also im Gegensatz zu der allgemeinen Bestimmung des § 873 BGB. an eine strenge Form, nämlich an die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt gebunden.

Der Name Auflassung ist dem germanischen Recht entlehnt und dem Beispiele des preußischen Eigentums-Erwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 folgend, auch für das Bürgerliche Gesetzbuch beibehalten worden. Hierbei war die Erwägung bestimmend, daß die Bezeichnung sich in den Geltungsgebieten der sich ihm bedienenden Gesetze schnell eingebürgert hat, und daß sie geschichtlich und sprachlich berechtigt und der Wissenschaft des deutschen Rechts immer geläufig gewesen ist [1]).

2. Das Wesen der Auflassung.

Bevor die besonderen Formvorschriften der Auflassung näher betrachtet werden, soll die Rechtsnatur der dinglichen Einigung, die in der Literatur lebhaft umstritten ist, klargelegt werden.

Die herrschende, wohl auch richtige Lehre, sieht in der Einigung einen für sich bestehenden, abstrakten, dinglichen Vertrag.

Die Gegner dieser Meinung verneinen die Vertragsnatur. Nach Eccius [1]) ist die bloße Einigung ein rechtlich unerheblicher

---

[1]) Motive z. BGB. Mugdan Bd. III S. 173.
[1]) Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 55 ff.

Akt, der erst bei Hinzukommen der Eintragung mit dieser zusammen zur Bedeutung gelange. Durch die Auflassung werde lediglich in den im Gesetz vorgeschriebenen Fällen eine Bindung dahin erreicht, daß die Erklärung nicht einseitig widerrufen werden könnte. Eine beiderseitige Gebundenheit trete z. B. im Falle des § 873 Abs. 2 BGB. ein, wenn die beiderseitigen Erklärungen in ein und derselben Verhandlung gerichtlich oder notariell beurkundet seien. Die Vorschrift des § 873 Abs. 2 BGB. führe aber nicht in allen Fällen zu einer beiderseitigen Gebundenheit. Eine nur einseitige Gebundenheit sei mit voller Sicherheit wenigstens in dem Falle festzustellen, in denen der Berechtigte, in dessen Recht eine Aenderung stattfinden solle, dem anderen Teil eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt habe.

Hierin sieht Eccius nur eine einseitige Erklärung, an die nur der Erklärende gebunden ist.

Zweifellos wird aber auch in diesem Falle durch die Annahme der Eintragungsbewilligung auch der Annehmende an diese gebunden, denn in dem Annehmen und Anbieten kommt der Vertragswille genügend zum Ausdruck. Die Annahme der Eintragungsbewilligung bildet hierbei eine materielle Erklärung. Eccius folgert dann aus diesem letzten Falle des § 873 Abs. 2, zumal es sich nach dem Wortlaut um Erklärungen des Einzelnen handelt, daß auch in den anderen Fällen eine einseitige Gebundenheit an die Einigung wenigstens vorkommen könne. Er hält sich trotzdem aber für berechtigt, die Einigung in Verbindung mit der Eintragung als einen Vertrag zu bezeichnen, da der aus Einigung und Eintragung gebildete Hergang auch im Gesetz in § 1396 BGB. als Vertrag bezeichnet werde. Nicht will er aber auf diesen die Bestimmungen des allgemeinen Teiles des Bürgerlichen Gesetzbuches anwenden. Ihr Inhalt verweise auf Schuldverhältnisse, nicht aber auf Verträge, durch welche über Sachen verfügt werde.

Diese Beschränkung des Vertragsbegriffs auf das Recht der Schuldverhältnisse kann heute keineswegs mehr anerkannt werden. Sowohl das Bürgerliche Gesetzbuch selbst, als auch die gesamte Literatur haben den Vertragsbegriff auch auf andere Rechtsgebiete, insbesondere auch auf das Sachenrecht und das Familienrecht ausgedehnt. Im Gemeinen Recht war allerdings bestritten, ob der Vertragsbegriff über das Obligationenrecht auszudehnen sei. So beschränkte ihn z. B. Vangerow[2]) auf das Obligationenrecht, da das Wesen des Vertrages in dem Versprechen einer Leistung liege. Aber schon Savigny[3]) sah in der Bestellung dinglicher Rechte einen Vertrag und bezeichnete ihn als

[2]) Pandekten Bd. I 1350, Anm. 1.
[3]) System des röm. Rechts, Bd. III S. 313 ff.

dinglichen Vertrag zum Unterschiede vom obligatorischen. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Vertragsbegriff auf alle Rechtsgebiete ausgedehnt. Dies ergibt sich schon aus dem Aufbau des Bürgerlichen Gesetzbuches, die generellen Bestimmungen über Verträge sind nämlich dem allgemeinen Teile eingeordnet.

Einen eigenartigen Standpunkt nimmt Wolff Th.[4]) ein, der die dingliche Einigung mit dem obligatorischen Vertrage, der die Verpflichtung zu einer dinglichen Rechtsänderung enthält, für identisch erklärt. Er führt aus, daß die Einigung ein abstraktes Rechtsgeschäft sei, es komme daher für den Eintritt der Rechtsänderung auf den übrigen Inhalt des Kausalgeschäftes nicht an. Die Einigung sei aber kein neben diesem stehendes, sondern ein Rechtsgeschäft, welches denselben Gegenstand betreffe, wie die in dem Kausalgeschäft über die Rechtsänderung getroffene Vereinbarung, sie sei nicht ein Leistungsgeschäft, sondern ein mit einem Teile des Kausalgeschäfts sich deckendes Rechtsgeschäft.

Schon äußerlich hat aber das Bürgerliche Gesetzbuch den Unterschied vom obligatorischen und dinglichen Vertrag scharf und deutlich hervorgehoben. Der obligatorische Vertrag führt die Verpflichtung des einen Teiles herbei, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, während die Einigung die Erfüllung dieser Verpflichtung zum Inhalt hat. In dem obligatorischen Vertrage lautet die Erklärung des Veräußerers dahin, ich werde dir das Eigentum übertragen, im dinglichen Vertrage, ich übertrage dir das Eigentum. Es kann also nicht die Rede davon sein, daß die Einigung dieselbe Erklärung des obligatorischen Vertrages zum Inhalte hat.

Ernst Bruck[5]), der zuerst die rechtliche Natur der Einigung zusammenfassend untersucht hat, kommt zu dem Ergebnis, daß die Einigung der Typus eines neuen Rechtsbegriffes sei. Sie grenze sich vom Vertrage durch das Fehlen eines selbständigen Erfolges ab, und sie unterscheide sich von den Kontrakten des Obligationenrechts dadurch, daß sie keine Verpflichtungen erzeuge. Mit dem Vertrage habe sie nur die Uebereinstimmung der wechselseitigen Erklärungen gemeinsam, nur das Willensmoment sei bei beiden dasselbe. Immerhin habe sie rechtsgeschäftlichen Charakter, weil sie auf dem freien Willen der Beteiligten beruhe. Infolgedessen sei sie den Rechtssätzen über Handlungsfähigkeit, Stellvertretung usw. unterworfen. Da die Einigung sich aus zwei miteinander korrespondierenden Willenserklärungen zusammensetze und rechtsgeschäftlichen Charakters sei, trägt er keine Bedenken, die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte prinzipiell für anwendbar zu erklären. Das Hauptargu-

---

[4]) Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 26 ff.

[5]) Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, Berlin 1900.

ment, das ihn zur Verneinung der Anwendung des Vertragsbegriffs auf die Auflassung führt, ist aber das Fehlen eines rechtlichen Erfolges.

Die Gegner der Vertragsnatur weichen in ihren Begründungen unter sich, wie schon aus den angeführten Lehren ersichtlich ist, wesentlich voneinander ab.

Gegen das Vorliegen eines neuen Rechtsbegriffs wendet sich u. a. auch Ortlieb[6]). Er glaubt die Einigung unter den althergebrachten Begriff des Realvertrages subsummieren zu können. Er führt aus, die Einigung ist kein neuer Rechtsbegriff, sondern Bestandteil eines einheitlichen Rechtsaktes; sie ist das Willensmoment eines Realvertrages, des dinglichen Vertrages und als solches ihrem Wesen nach nichts anderes, als die Einigung bei anderen Realverträgen, z. B. dem Darlehn. Die Eintragung sei das reale Moment, das der Auszahlung der Valuta gleich komme.

Die Ansicht Ortlieb's beruht aber auf einer Verkennung des Begriffs des Realvertrages. Unter Realvertrag versteht er diejenigen Geschäfte, die zu ihrem Bestande neben der Willenserklärung noch eine reale Wirkung erfordern. Im Gegensatz hierzu ständen die nur aus einer Willenserklärung bestehenden Geschäfte, „rein volontäre Geschäfte" oder Erklärungsgeschäfte.

Das Wesen des Realvertrages beruht aber darauf, daß durch den Akt sachlicher Hingabe ein Schuldverhältnis begründet wird. Dies trifft bei der Auflassung nicht zu. Das reale Moment, die Eintragung, und bei beweglichen Sachen die Uebergabe sind ferner nicht Bestandteile des dinglichen Vertrages, treten vielmehr zu diesem hinzu, um die Rechtsänderung zu bewirken. Diese hinzutretenden Tatsachen haben also nicht die Bedeutung einer Form der Einigung, sondern sind ein von dieser getrenntes, selbständiges, reales Moment. Würde man der Ansicht Ortlieb's zustimmen und die Eintragung als Form des dinglichen Vertrages ansehen, so müßte man die Auflassung, solange die Eintragung noch nicht erfolgt wäre, gemäß § 125 BGB. als bedeutungslos ansehen, so daß die Erklärungen der Parteien in jedem Falle einseitig widerrufen werden könnten.

Endemann[7]) wendet auf die Einigung den Begriff der Anwartschaft an, während Pabst die Einigung nur als rechtserheblichen Faktor eines Rechtsgeschäftes ansieht, nicht selbst als ein solches.

Wie schon angegeben, steht die Mehrzahl der Schriftsteller auf dem wohl richtigen Standpunkt, daß der Einigung der Charakter eines Vertrages zukomme.

Hierfür spricht zunächst auch die Entstehungsgeschichte des § 873 und des § 925 BGB. § 828 E. 1 bezeichnete die gemeinte

---

[6]) Einigung u. dingl. Vertrag. Berlin 1904.

[7]) Bd. II S. 88.

Willensübereinstimmung direkt als Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem Erwerber und bestimmte in Abs. 2 den Inhalt dieses Vertrages dahin, er müßte die Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewillige und die Annahme der Bewilligung von seiten des Erwerbers enthalten [8]).

Der Eigentumsübergang eines Grundstücks durch Rechtsgeschäft vollzieht sich also nach den dem Entwurf zugrunde liegenden Anschauungen in der Weise, daß die Parteien zunächst ein obligatorisches Kausalgeschäft schließen, durch daß die Verpflichtung zur Vornahme der Rechtsänderung übernommen wird, daß alsdann die Parteien einen dinglichen Vertrag schließen, der den formellen Eigentumsübergang zum Inhalte hat (Leistungsgeschäft), und daß endlich auf Grund dieses dinglichen Vertrages der Richter die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuche vollzieht.

E. 2 und das Bürgerliche Gesetzbuch haben dieses Prinzip gebilligt, nur den Ausdruck „dinglicher Vertrag" vermieden.

Man machte geltend [9]), der dingliche Vertrag sei nur ein juristischer Kunstbegriff, welcher erfunden sei, um den Eigentumsübergang bei Grundstücken wissenschaftlich zu erklären. Dem Sprachgebrauch und den Anschauungen des Volkes entspreche es jedenfalls nicht, das hier in Rede stehende Rechtsgeschäft als Vertrag zu bezeichnen. Auf Grund der geltend gemachten Bedenken beschränkte man sich darauf, klar und deutlich zu sagen, was bei der Einigung erfordert werde, nämlich die übereinstimmende Erklärung der Parteien. Die Konstruktion dieses Rechtsgebildes könne und müsse man der Wissenschaft überlassen. Daß materiell ein Vertrag gewollt sei, könne ernstlich nicht bestritten werden. So wird auch später in den Protokollen offen ausgesprochen, daß sich die Vertragsmäßigkeit des Verhältnisses leicht erkennen lasse und daß die Juristen unschwer erkennen würden, daß oder inwieweit auf die fraglichen Erklärungen die Grundsätze des Vertrages Anwendung zu finden hätten, wenn auch das Wort „Vertrag" im Gesetze nicht gebraucht sei.

Ergibt sich hieraus, daß der Gesetzgeber nur aus äußeren Gründen anstatt des Wortes Vertrag die Bezeichnung Einigung hat treten lassen, so wäre nunmehr noch zu untersuchen, ob der Begriff Einigung auch wissenschaftlich als ein Vertrag bezeichnet werden kann.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts.

Nach den Motiven [10]) ist ein Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs eine Privat-Willenserklärung, gerichtet auf die Hervor-

[8]) Prot. III S. 56.

[9]) S. 57.

[10]) Vgl. Manigk: Willenserklärung u. Willensgeschäft, S. 27 ff.

bringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.

Das Wesen des Rechtsgeschäfts wird also in einer Willensbetätigung gefunden, die auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichtet ist und zu der die Sanktion der Rechtsordnung tritt. Diese Willensbetätigung wird vom Bürgerlichen Gesetzbuch als „Willenserklärung" bezeichnet. Die Definition der Willenserklärung ist ebenso wie die des Rechtsgeschäfts in der Literatur umstritten [11]). Das Wort Willenserklärung besteht aus zwei Elementen, einmal aus dem auf einen Rechtserfolg sich richtenden Willen, der sodann zur Erklärung führt. Die Willenserklärung ist eine Aeußerung, deren sich eine Person zum Zwecke der Kundgebung eines Geschäftswillens bedient [12]). Fehlt dieser Erfolgswille bei einer Willenserklärung, so ist die Erklärung mangelhaft und unterliegt den §§ 116 ff. BGB. Auch wenn das Verhalten einer Person überhaupt nicht dem Zwecke der Kundgebung eines Geschäftswillens diente, ist die objektiv erfolgte und dem Gegner zugegangene Erklärung irrtümlich und unterliegt der Anfechtung [13]).

Kommt in dem Rechtsgeschäft nur der Wille einer Person zum Ausdruck, so spricht man von einem einseitigen Rechtsgeschäft; enthält es aber den übereinstimmenden Willen mehrerer Personen, so nennt man das Rechtsgeschäft einen Vertrag. In einem Vertrage muß sich demnach der rechtsgeschäftliche Wille von mindestens zwei Personen zu einem auf Hervorbringung derselben rechtlichen Wirkung gerichteten Willen zusammenschließen und dieser Vertragswille einen genügenden Ausdruck erhalten. Vereinigen sich also die Willenserklärungen der Beteiligten auf Bewirkung eines rechtlichen Erfolges, so liegt ein Vertrag vor. Dies ist bei der dinglichen Einigung der Fall. Erklärt z. B. A., daß er dem B. das Grundstück auflasse und die Eintragung des Eigentumsübergangs bewillige und B., daß er dies annehme, so ist der Vertrag geschlossen. Die Willensübereinstimmung der Beteiligten ist auf die dingliche Rechtsänderung gerichtet [14]). Die Rechtswirkung, der Uebergang des Eigentums, wird allerdings erst durch Hinzutreten der Eintragung bewirkt. Das letztere Moment gehört aber nicht notwendig zum Tatbestand eines Vertrages. Es ist bei der Einigung schon äußerlich völlig durch die Möglichkeit einer zeitlichen Trennung ein von der Auflassung verschiedener amtlicher Akt, dessen Vorname nicht lediglich von dem Willen der Beteiligten abhängt. Schon oben wurde darauf

---

[11]) Vgl. Manigk a. a. O. § 24.
[12]) Manigk, Irrtum u. Auslegung, S. 243 ff.
[13]) Bd. I S. 126.
[14]) Vgl. Siber S. 10.

hingewiesen, daß zur Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nicht auch der Eintritt des Erfolges gehört.

Die letztwillige Verfügung ist zweifellos schon ein vollendetes Rechtsgeschäft, auch wenn der Testator noch lebt, und doch kann die Wirkung des Rechtsgeschäftes erst mit dessem Tode eintreten. Wäre das Gegenteil der Fall, so würde, wie Enneccerus [15]) zutreffend bemerkt, das Testament durch Wahnsinn des Testators ungültig werden, oder durch formlose Erklärung des Testator aufgehoben werden können.

Die Notwendigkeit der Eintragung des Eigentumsüberganges ergibt sich aus der Einrichtung der Grundbücher.

Im preußischen Rechte war zwar die Auflassung und Eintragung ein fortgesetzter Akt, das Bürgerliche Gesetzbuch hat aber beide zu gleich notwendigen selbständigen Erfordernissen der Rechtsänderung gemacht, und zwar ist die Auflassung ein Rechtsgeschäft und die Eintragung eine dem Grundbuchamt obliegende Amtshandlung.

Gemäß § 873 Abs. 2 BGB. sind die Parteien nur unter bestimmten, dort aufgestellten Voraussetzungen an die Einigung gebunden. Auch dieser Umstand vermag die Vertragsnatur der Einigung nicht zu erschüttern. Ist die Einigung formlos, aber nicht unter den in § 873 Abs. 2 BGB. aufgestellten Voraussetzungen erfolgt, so ist sie trotzdem gültig. Bei Hinzutreten der Eintragung wird der Eigentumsübergang bewirkt. Den Parteien ist aber gesetzlich ein Rücktrittsrecht eingeräumt.

Die Einigung als dinglicher Vertrag unterscheidet sich von den Verträgen auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse allein darin, daß sie nicht auf Erzeugung einer Verpflichtung, eines Anspruches, sondern unmittelbar auf die Begründung oder Aenderung eines dinglichen Rechtes gerichtet ist. Dies wird in den Protokollen [16]) auch ausdrücklich in folgendem hervorgehoben. „Man könne nicht sagen, daß gerade dieses Rechtsverhältnis nicht als abgeschlossener Vertrag angesehen werden dürfe, weil es nicht für sich allein die volle Wirkung des Eigentumsübergangs hervorbringen könne, insbesondere noch eine Eintragung im Grundbuch hinzutreten müsse. Daß zu einem an sich fertigen Vertrage noch der Eintritt einer weiteren Rechtsbedingung hinzukommen müsse, damit der Vertrag seine Wirkung vollständig erhalte, sei nichts Ungewöhnliches."

Aus der Fassung, daß eine Auflassung nur da möglich ist, wo es sich um eine freiwillige rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung handelt, folgt, daß regelmäßig jeder Auflassung ein obligatorisches Rechtsgeschäft zugrunde liegt. An dieses obligato-

---

[15]) Rechtsgeschäft, Bedingung u. Anfangstermin, S. 288 ff.

[16]) III S. 58.

rische Rechtsgeschäft schließt sich der dingliche Vertrag, gerichtet auf den Eigentumsübergang. Auf Grund dieses dinglichen Vertrages bewirkt dann der Richter die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch. Der dingliche Vertrag ist von dem ihm zugrunde liegenden obligatorischen, der den veranlassenden Rechtsgrund bildet, unabhängig, d. h. er ist selbst bei Nichtigkeit oder Wegfall des Kausalgeschäfts wirksam.

Entwurf 1 hatte im § 829 für die Selbständigkeit des dinglichen Vertrages eine besondere Bestimmung getroffen. „Zur Wirksamkeit des in § 829 bezeichneten Vertrages ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich."

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Bestimmung zwar nicht aufgenommen. Die zweite Kommission hat sie gestrichen, aber nicht etwa aus dem Grunde, weil sie einen anderen Standpunkt eingenommen hätte, sondern lediglich, weil ihr die Vorschrift als selbstverständlich erschien.

Die Unabhängigkeit des dinglichen Vertrages ergibt sich auch aus den für den Eigentumsübergang an Grundstücken maßgebenden Bestimmungen der §§ 873, 925 BGB. In beiden Paragraphen wird der obligatorische Vertrag weder erwähnt noch irgendwie Bezug auf ihn genommen.

Die Einigung erfordert also nur das Einverständnis der Beteiligten über die Rechtsänderung, nicht auch ein Einverständnis über den Rechtsgrund der Aenderung. Entbehrt die Auflassung eines zureichenden Grundes, so hat der Auflassende nur einen persönlichen Bereicherungsanspruch, nicht etwa die dingliche Klage.

Die Auflassung stellt sich zugleich auch als eine Verfügung dar, und zwar darf man hier ebenfalls nicht als eine solche den dinglichen Vertrag in Verbindung mit der Eintragung ansehen. Zu einer derartigen Beschränkung des Begriffes der Verfügung liegt kein Anlaß vor, wie Planck [17]) mit Recht ausführt. Verfügung ist das unmittelbar auf die Rechtsänderung gerichtete Rechtsgeschäft, gleichviel, ob zu ihm noch ein weiteres von den Parteibelieben unabhängiges Moment (die Eintragung) zutreten muß, damit der beabsichtigte Erfolg eintritt.

3. Die Auflassungsbehörde.

Im deutschen Recht war zur Uebertragung des Eigentums an Grundstücken ein Formalakt, der in ältester Zeit auf dem Grundstück selbst vorgenommen wurde, erforderlich. Die Uebereignung geschah unter Hinzuziehung von Zeugen nach althergebrachten Formen [1]).

---

[17]) Vgl. Planck I S. 185.

[1]) Vgl. Enneccerus, § 185; Brunner, Rechtsgeschichte d. U. I, 112.

Unter Auflassung verstand man die Lossagung — abdicatio — den feierlichen Verzicht des Veräußerers auf jedes Recht am Grundstück.

Wegen der hohen Wichtigkeit, die den Rechtsverhältnissen an Grund und Boden beizulegen ist, erfordert auch das Bürgerliche Gesetzbuch im Anschluß an das preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 gewisse Formerfordernisse für die Erklärung der Auflassung. Die Auflassung muß bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten vor dem Grundbuchamt erklärt werden. Die Gründe für diese Formvorschrift sind mannigfacher Art. Sie soll den Beteiligten die Wichtigkeit ihres Vorhabens zum Bewußtsein bringen, sie soll gegen Uebereilung schützen, ferner wird eine Erfüllung Zug um Zug erleichtert. Sie soll ferner den Beteiligten auch die Einsicht des Grundbuchs ermöglichen, um dem Erwerber Gelegenheit zu geben, von den vorhandenen Belastungen Kenntnis zu erlangen. Diese Kenntnis soll zugleich die Gefahr ausschließen, daß die Auflassung in Widerspruch mit dem Inhalt des Grundbuchs erfolgt [2]).

Grundsätzlich ist Auflassungs- und Eintragungsbehörde vom Gesetzgeber aus den angeführten Gründen als identisch gedacht, weil nur in diesem Falle, dem Gedanken, der dem System der Auflassung zugrunde liegt, entsprochen wird.

Durch den Vorbehalt des Artikel 143 Abs. 1 E. G. zum BGB. ist es aber praktisch so, daß eine Trennung der Behörden eintritt. Nach Artikel 143 Abs. 1 kann nämlich die Landesgesetzgebung bestimmen, daß die Auflassung außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden kann.

Von dieser Bestimmung haben die Länder umfassenden Gebrauch gemacht. Preußen zunächst durch Artikel 26 A. G. zum BGB. für die Gebiete des rheinischen Rechts. Durch Gesetz vom 13. Mai 1918 sind in ganz Preußen außer dem Grundbuchamt jedes andere preußische Amtsgericht und jeder preußische Notar zuständig. Dieses Gesetz sollte zwei Jahre nach Kriegsende außer Kraft treten; es ist jedoch durch besondere Verordnung verlängert worden.

Begründet wird die Bestimmung des Artikel 143 damit, daß die Auflassung vor dem Grundbuchamt für diejenigen Teile Deutschlands, wo die Zerstückelung des Grundbesitzes weit vorgeschritten ist, mit Unzuträglichkeiten verbunden sei. Es handele sich häufig um Parzellen von geringem Werte und man müsse den Parteien die Möglichkeit eröffnen, den dinglichen Vertrag über solche geringwertigen Landesteile ohne erheblichen

---

[2]) Denkschrift z. BGB. S. 193, 663.

Aufwand von Kosten und Zeit abzuschließen[3]). Die Parteien können in diesem Falle im Anschluß an die Beurkundung des obligatorischen Vertrages vor einem Notar direkt vor diesem auch die Auflassungserklärungen abgeben. Die Regelung birgt also die Vorteile in sich, daß einmal das Verfahren für die Partei vereinfacht und verbilligt wird, aber auch die Gerichte zugleich entlastet werden.

Durch das örtliche und zeitliche Auseinanderfallen der Auflassung und Eintragung können aber auch leicht Kollisionen zum Nachteil des Erwerbers eintreten; z. B. derart, daß der Veräußerer in der Zwischenzeit dingliche Verfügungen über das Grundstück trifft oder Anträge auf hypothekarische Eintragungen stellt. Gegen derartige Nachteile kann sich der Erwerber aber dadurch schützen, daß er immer in den Fällen, in denen eine Trennung des Auflassungs- und Eintragungsaktes zugelassen ist, die Auflassung vor dem Grundbuchamte verlangen kann, denn es bleibt selbstverständlich auch in den Ländern, die von dem Vorbehalt des Artikel 143 EG. BGB. Gebrauch gemacht haben, das Grundbuchamt zuständig, soweit es nicht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift, wie z. B. im Rheinland durch das Notgesetz für rheinische Notare von 1924, ausgeschlossen ist. Trotz dieser Gefahr haben sich meines Wissens erhebliche Mißstände in der Praxis nicht gezeigt[4]). Der Zweck der grundbuchamtlichen Tätigkeit, den Parteien die Rechtsverhältnisse am Grund und Boden vor dem offenen Grundbuch vor Augen zu führen und den Eigentumsübergang scharf erkennbar zu machen, wird allerdings durch die örtliche Trennung illusorisch gemacht.

Soweit also nicht auf Grund des Artikel 143 Abs. 1 landesrechtliche Sondervorschriften getroffen sind, kann die Auflassung nur vor dem Grundbuchamt erklärt werden.

Grundbuchamt im Sinne von § 925 BGB. ist diejenige Behörde, die das Grundbuch über das zu veräußernde Grundstück führt oder zu dessen Führung zuständig ist[5]). Die Grundbücher werden also durch öffentliche Behörden geführt und aufbewahrt. Die Grundbuchordnung § 1 überläßt mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der in den einzelnen Ländern bestehenden Verhältnisse die Bildung der Grundbuchämter der Landesgesetzgebung[6]). Welche Behörde die Grundbücher zu führen hat, ist also reichsrechtlich nicht bestimmt. Die Grundbuchgeschäfte werden daher in den einzelnen Ländern von verschiedenen Beamten oder Behörden wahrgenommen. In den meisten Ländern sind allerdings

---

[3]) Prot. III S. 174.
[4]) Vgl. Z. Bl. f. G. 2 S. 651.
[5]) RGR. K. 1925.
[6]) Denkschrift z. G. B. O. S. 24.

die Amtsgerichte zu Grundbuchämtern der in ihren Bezirken belegenen Grundstücke erklärt worden, besonders auch in Preußen, wo Artikel 1 A. G. bestimmt: die Amtsgerichte sind die Grundbuchämter für die in ihrem Bezirke belegenen Grundstücke. Eine gleiche Regelung besteht in Bayern und Sachsen. Anders aber z. B. in Württemberg.

In Preußen besteht das Grundbuchamt aus dem Grundbuchrichter (Amtsrichter) und dem Grundbuchführer (Urkundsbeamter der Geschäftsstelle). Ist das Amtsgericht mit mehreren Richtern besetzt, so ist es nicht wesentlich, daß die Erklärungen gerade vor dem Richter erfolgen, dem nach der Geschäftsverteilung die Führung des Grundbuchs über das betreffende Grundstück obliegt [7]). § 23 Abs. 2 AG. GVG.

Erforderlich ist aber reichsrechtlich, daß die Erklärung vor dem zuständigen Grundbuchamt abgegeben wird; dies gehört zu der durch Gesetz vorgeschriebenen Form. Fehlt dieses Formerfordernis, so ist die Auflassung gemäß § 125 BGB. nichtig. Die auf Grund einer solchen Auflassung erfolgte Eintragung führt keinen Eigentumswechsel herbei; sind daher in einem Vertrage mehrere Grundstücke veräußert worden, die aufgelassen werden sollen, so muß die Auflassung jedes einzelnen Grundstücks vor dem Amtsgericht erfolgen, welches das Grundbuch über das betreffende Grundstück führt. Werden sämtliche Grundstücke von einem Amtsgericht geführt, so kann die Auflassung für sämtliche Grundstücke zugleich, und zwar vor jedem Richter des Amtsgerichts erfolgen; es ist nicht notwendig, daß jedes einzelne Grundstück auch von dem Richter, vor dem die Auflassung erklärt wird, in seiner Abteilung geführt wird.

Wird die Auflassung jedoch vor einem Grundbuchamte erklärt, welches das Grundbuch tatsächlich führt, das aber an sich zur Führung dieses Grundbuchs unzuständig ist, da das Grundstück nicht zu seinem Bezirke gehört, so ist sie dennoch gültig [8]). Dies scheint zunächst dem Wortlaute des § 925 BGB. zu widersprechen. Es ergibt sich aber aus den Vorschriften des § 86 der Grundbuchordnung und dem § 890 BGB. Der § 86 GBO. bestimmt, daß landesrechtlich die Führung eines gemeinschaftlichen Grundbuchblattes für mehrere in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter gelegener Grundstücke zugelassen ist. Nach der reichsrechtlichen Bestimmung können mehrere Grundstücke, welche in verschiedenen Grundbuchamtsbezirken liegen, miteinander verbunden werden. In beiden Fällen wird das Grundstück von einem zum anderen Bezirke gehörenden Grundbuchamt geführt. Soll nun über die verbundenen Grundstücke die Auflassung er-

[7]) A. M. Biermann 1 a zu 1925. Maenner S. 182.

[8]) Ebenso Planck § 925, Erl. 3 a S. 329; 873, 2 b, β, S. 124; Güthe § 20 Anm. 23 S. 538; Predari § 20 Anm. 3 S. 412.

klärt werden, so kann der Eigentümer nicht gezwungen werden, zunächst den Antrag auf vorherige Löschung der Verbindung zu stellen. Was die Auflassung des in dem anderen Bezirke gelegenen Grundstücks anbetrifft, so bedarf es vor ihrer Vornahme einer Abschreibung des Grundstücks oder Teils nicht.

Verstöße gegen die örtliche Zuständigkeit der Amtsgerichte als Grundbuchämter sind dazu in den meisten Ländern unschädlich. In Preußen sind z. B. Grundbuchsachen zu Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit erklärt worden. Infolge der Vorschrift des Artikel 1 AG. GBO., wonach in Preußen die Amtsgerichte die Grundbuchämter sind, gehören die Grundbuchsachen zu den durch Landesgesetz den ordentlichen Gerichten übertragenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, auf die nach Maßgabe des Artikel 1, 2 des pr. FGG. die Vorschriften des FGG. Anwendung finden, insbesondere gilt daher in Grundbuchsachen der § 7 des FGG., wonach gerichtliche Handlungen nicht aus dem Grunde unwirksam sind, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht vorgenommen sind. Die Normen über die örtliche Zuständigkeit sind sonach nur Ordnungsvorschriften: die vor einem Grundbuchamt erklärte Auflassung ist also auch dann gültig, wenn das betreffende Grundstück nicht im Bezirke des Grundbuchamtes liegt.

Gegen die Anwendung des § 7 FGG. wenden sich Goldmann-Lilienthal[9]) und Fuchs[10]), und zwar aus dem Grunde, weil die Auflassung keine gerichtliche Handlung, sondern eine Handlung der Beteiligten sei. Daraus, daß die Eintragung als gerichtliche Handlung nach § 7 FGG. wirksam sei, könne man nicht auch die Wirksamkeit der Auflassung folgern.

Es ist zweifelhaft, ob man die Auflassung noch als eine gerichtliche Handlung im Sinne des Gesetzes bezeichnen kann, da unter gerichtlichen Handlungen nur solche zu verstehen sind, die durch das Gericht vorgenommen werden[11]). Vorgenommen, d. h. erklärt wird die Auflassung nun zwar nicht vom Gericht, da sie als Vertrag sich aus Parteierklärungen zusammensetzt; es besteht aber doch, wie noch näher ausgeführt wird, eine gewisse Mitwirkung des Gerichts in der Art, daß es verpflichtet ist, die Erklärungen der Parteien entgegenzunehmen. Wegen dieser Verpflichtung des Gerichts, die doch immerhin eine gewisse Tätigkeit erfordert, kann m. E. die Auflassung selbst noch als gerichtliche Handlung im Sinne des § 7 FGG. betrachtet werden. Geschieht dies aber nicht, so muß man den § 7 sinngemäß auch auf die Auflassung aus dem Gesichtspunkte heraus anwenden,

[9]) 146 Anm. 22.
[10]) § 925 Anm. 6, I a.
[11]) Güthe-Triebel, § 1 Anm. 28 a.

weil durch ihre Vornahme die Eintragung des Eigentumsübergangs, eine gerichtliche Handlung, bezweckt wird.

Nicht erforderlich ist, daß die Erklärungen in dem Geschäftszimmer des Grundbuchamtes vor der Behörde als solcher abgegeben werden, da der Ausdruck Grundbuchamt nicht im räumlichen Sinne zu verstehen ist. Das Wort „vor" hat lediglich die Bedeutung, daß die Parteien ihre Erklärung in Gegenwart des betreffenden Beamten, der eine dem anderen gegenüber abzugeben haben.

Unter Grundbuchamt ist also der das Grundbuch führende Beamte zu verstehen, nicht das Amt in räumlichem Sinne. Es ist hier genau wie bei jedem anderen Rechtsgeschäft vor Gericht oder einer anderen Behörde. Der Ort der Errichtung ist nicht an das Amtslokal gebunden. Es ist also § 925 BGB. dahin aufzufassen, daß die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Einigung nicht vor dem Grundbuchamt in räumlichem Sinne, sondern vor dem zur Aufnahme des Aktes zuständigen Grundbuchbeamten, dem Grundbuchrichter, abzugeben sind. Der Grundbuchbeamte kann also auch die Auflassungserklärungen außerhalb der Gerichtsstelle entgegennehmen. Sei es auf besonderen Gerichtstagen oder an einem anderen, innerhalb des Gerichtsbezirks gelegenen Ort. Die Auflassung muß jedoch ein zu diesem Bezirk gelegenes Grundstück zum Gegenstand haben. Die Grundbücher selbst dürfen zu den Gerichtstagen nicht mitgenommen werden (vergl. JMV. 18. Juni 1881). Erforderlich ist jedoch, daß entweder die betreffenden Grundakten zur Einsicht vorliegen oder daß sich ihre Einsichtnahme etwa infolge der Vorlegung von Urkunden durch die Beteiligten erübrigt. Trifft beides nicht zu, so sind die Beteiligten am zweckmäßigsten auf den nächsten Gerichtstag zu bestellen. Die Entgegennahme der Auflassung erfolgt auf Verantwortung der Beteiligten. Aus diesem Grunde haben die Grundbuchrichter zu ermessen, ob die Aufnahme der Auflassungserklärung nicht besser an Gerichtsstelle zu bewirken ist (JMV. 11. Mai 1882 und 13. Juni 1882). Es kann nämlich sehr leicht vorkommen, daß in der Zwischenzeit vor dem Grundbuchamt grundbuchrechtliche Eintragungsanträge gestellt werden und hierdurch Kollisionen entstehen. Diese Gefahr wird durch folgenden Umstand abgeschwächt. Kommt in der Zwischenzeit jemand zum Grundbuchamt, so wird ihm mitgeteilt werden, daß die Grundakten von dem Grundbuchrichter mitgenommen sind. Der Inhalt des Grundbuchs allein gibt dem Antragsteller jetzt keine Gewißheit über den derzeitigen Tabularstand des Grundstücks, da bei den Grundakten noch nicht erledigte Eintragungsanträge liegen können. Wegen der Wichtigkeit derartiger Eingänge ist nach § 11 GBO. die Einsichtnahme noch nicht erledigter Eintragungsanträge ausdrücklich gestattet. Fehlen also die Grund-

akten, so wird der Antragsteller mit dem etwa zu leistenden Gegenwert warten, bis er Klarheit über den Inhalt des Grundbuchs erlangt hat.

Die außerhalb der Gerichtsstelle gestellten Anträge werden genau so behandelt, wie die vor dem Grundbuchamt gestellten. Ist also die Auflassung und der Antrag auf Eintragung vor dem Grundbuchrichter außerhalb der Gerichtsstelle früher erklärt, als ein vor dem Grundbuchamt eingehender kollidierender Antrag, so hat jener die Priorität. Trägt umgekehrt ein an Gerichtsstelle gestellter Antrag einen früheren Eingangsvermerk, als der außerhalb gestellte, wenn z. B. der an Gerichtsstelle gebliebene Grundbuchführer den Eingangsvermerk auf den Antrag setzt, so geht er diesem vor. Ist z. B. vor dem außerhalb erklärten Antrag auf dem Grundbuchamt auf Antrag eines Gläubigers auf dem Grundbuchblatt eine Zwangshypothek eingetragen, so ist diese noch gültig zur Entstehung gelangt. Derartige Kollisionen und sich einander ausschließende Anträge können vorkommen, kommen aber auch in anderen Fällen vor, wenn z. B. die Einigung vor einem Notar erklärt werden kann. Der Landesjustizverwaltung ist es aber unbenommen, besondere Vorschriften für die Auflassung außerhalb der Gerichtsstelle zu treffen, um das Eintreten solcher Unzuträglichkeiten auszuschließen[12]); z. B. vorzuschreiben, daß in der Zwischenzeit Anträge an Gerichtsstelle nur nach eingehender Belehrung des Antragstellers aufgenommen werden dürfen. Ein absoluter Schutz kann durch das Grundbuch überhaupt nicht gewährt werden, zumal nicht einmal alle dinglichen Rechte eingetragen werden müssen, die aus diesem Grunde auch nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sein können (Ueberbau oder Notwegrente, Belastungen öffentlich-rechtlicher Natur).

4. Kann die Auflassung auch in einem Prozeßvergleich erfolgen?

Bestritten ist, ob die Auflassung auch in einem Prozeßvergleich erfolgen kann. Unter einem Prozeßvergleich versteht das Gesetz in § 794 Ziffer 1 der Zivilprozeßordnung einen Vergleich, der nach Erhebung der Klage vor einem deutschen Gericht zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfange nach oder in Betreff eines Teils des Streitgegenstandes geschlossen wird und vollstreckbar ist.

Die obige Frage wird in den Kommentaren und Lehrbüchern vielfach erörtert, jedoch meistens kurz und ohne Begründung, so daß einfach in dem einen oder anderen Sinne entschieden wird.

---

[12]) Vgl. § 8 Sächs. V. v. 16. Juni 1900; § 18 d. bad. AG. z. GBO.

Von einigen Schriftstellern, insbesondere von Dronke[1]), wird die Möglichkeit der Auflassung im Prozeßvergleich schlechthin verneint. Er führt aus, daß der Prozeßvergleich nur die Urkundsform, nicht auch weitere Formerfordernisse eines Rechtsgeschäfts ersetze. Wo also nach bürgerlichem Recht außer der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung noch sonstige Förmlichkeiten zu erfüllen seien, müßten diese auch bei Abschluß des Prozeßvergleichs beobachtet werden. Die allein vorgeschriebene Form der „Abgabe vor dem Grundbuchamt" werde durch Abgabe vor dem Prozeßgericht nicht ersetzt. Dies müsse ebenfalls für die Grundstücke gelten, die auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften auch vor anderen Amtsstellen als den Grundbuchämtern zugelassen werden könnten.

Eine überzeugende Begründung für diese Ansicht vermag Dronke nicht zu geben.

Dagegen hält Franz[2]) eine Auflassung vor dem Prozeßgericht allgemein und selbst in den Gebieten, wo das Grundbuchamt ausschließlich zuständig ist, für rechtsgültig.

Beide Ansichten können nicht anerkannt werden. Ungültig ist eine Auflassung im Prozeßvergleich zunächst in den Ländern, in denen das Grundbuchamt zur Entgegennahme der Auflassung ausschließlich zuständig ist, in denen also von dem Vorbehalt des Artikel 143 EG. BGB. kein Gebrauch gemacht worden ist. In diesen Ländern soll dem die Auflassung zugrunde liegenden System voll Rechnung getragen werden, so daß hier die Auflassung nur vor dem Grundbuchamt erklärt werden kann.

Sind jedoch wie in Preußen nach Artikel 1 AG. GBO. die Amtsgerichte zu Grundbuchämtern erklärt worden, so hat auch die vor einem Prozeßrichter des Amtsgerichts erklärte Auflassung volle Gültigkeit. Ist das Amtsgericht nur mit einem Richter besetzt, so ist der Prozeßrichter auch zugleich der Grundbuchrichter. Das Grundbuchamt fällt hier mit dem Amtsgericht zusammen, so daß die vor dem Prozeßrichter erklärte Auflassung zugleich vor dem Grundbuchamt erklärt worden ist. Sind an dem Amtsgericht mehrere Richter beschäftigt, von denen der eine das Grundbuchamt, der andere die Prozeßabteilung führt, so ist die vor dem Prozeßrichter erklärte Auflassung ebenfalls gültig, denn § 23, 2 pr AG. GVG. schreibt ausdrücklich vor, daß die Gültigkeit der Handlung eines Amtsrichters nicht dadurch berührt wird, daß sie nach der Geschäftsverteilung von einem anderen Amtsrichter vorzunehmen gewesen wäre.

---

[1]) Zeitschrift d. deutschen Zivilprozesses, 1902; Josef, Gruchot 53, 790; ebenso Predari.

[2]) Das deutsche Notariat nach Reichsrecht, Leipzig 1907, S. 101—103.

Einige Autoren verlangen in diesem Falle für die Gültigkeit der Auflassung, daß der Prozeßrichter auch als Grundbuchrichter habe tätig sein wollen, so Maenner [3]). Predari erklärt die Auflassung vor dem Prozeßrichter nur dann für wirksam, wenn bei der Protokollierung die Vorschriften des FGG. beobachtet worden sind. Jolly meint, es genüge nicht, daß der Prozeßrichter die Erklärungen als Grundbuchrichter entgegennehmen könne, es sei vielmehr erforderlich, daß er sie zugleich auch in seiner Funktion als Grundbuchrichter entgegennehmen wolle [4]).

Würde man aber die Wirksamkeit der Auflassung von dem Willen des Richters abhängig machen, so würde dies eine große Ungewißheit über die Rechtswirksamkeit der Erklärungen schaffen, da in diesem Falle die Gültigkeit der Auflassung lediglich von dem Willen des Richters abhängen würde.

Für die Gültigkeit der Auflassung im Prozeßvergleich, wenn das Prozeßrecht nicht das Grundbuchamt ist, wird man unterscheiden müssen, ob und in welchem Umfange das Land, in dessen Gebiet das aufgelassene Grundstück liegt, von dem Vorbehalt des Artikel 143 EG. zum BGB. Gebrauch gemacht hat. Bayern z. B. hat von diesem Vorbehalt nur einen ganz beschränkten Gebrauch gemacht. Artikel 81 des AG. zum BGB. bestimmt, daß in Ansehung der in Bayern gelegenen Grundstücke die Einigung der Parteien bei der Uebertragung des Eigentums außer vor dem Grundbuchamt auch vor einem bayrischen Notar erklärt werden kann. Die Auflassung vor dem Notar wird der Auflassung vor dem Grundbuchamt gleichgesetzt. Dem Erwerber wird durch Artikel 30 Notariatsgesetz Sicherheit über den derzeitigen Tabularstand des Grundstücks gegeben, wonach der Notar vor der Beurkundung einer Auflassung durch Einsicht des Grundbuchs oder eines in jüngster Zeit ausgestellten, oder berichtigten Auszuges aus dem Grundbuche sich davon überzeugen kann, ob die bevorstehende Auflassung mit dem Grundbuch übereinstimmt. Man wird also den Beschluß des bayrischen Oberlandesgerichts vom 27. März 1903 [5]) zustimmen müssen, daß in Bayern sowohl die Mitwirkung des Notars als auch die des Grundbuchamtes nicht durch einen vor dem Prozeßgericht abgeschlossenen Vergleich erfolgen kann, denn eine völlige Durchbrechung des in 925 BGB. zum Ausdruck gebrachten Grundsatzes wird durch die landesrechtliche Bestimmung nicht herbeigeführt.

Ist dagegen, wie z. B. in Sachsen [6]), die Auflassung vor jedem deutschen Amtsgericht oder vor jedem deutschen Notar zulässig,

---

[3]) S. 182 Nr. 9.

[4]) Die Beurteilung formbedürftiger Rechtsgeschäfte im Prozeßvergleich: Bad. Rechtspraxis 1913, S. 43.

[5]) Ti. Bl. f. G. 8, S. 619; Bayr. OLG. Bd. 4 S. 235.

[6]) § 13 AG. z. BGB.

so ist die in einem Prozeßvergleich erklärte Auflassung als geeignete Eintragungsgrundlage zu erachten. Mit Recht weisen Planck[7]) und Lehmann[8]) darauf hin, daß in denjenigen Ländern, die von dem Vorbehalt des Artikel 143 EG. BGB. einen umfassenden Gebrauch gemacht haben, auf die Prüfung der Auflassung an Hand des Grundbuchs verzichtet worden ist. Voraussetzung für die Gültigkeit der Auflassung im Prozeßvergleich ist allerdings, daß sie einen integrierenden Bestandteil des beiderseitigen, im Vergleich zum Ausdruck kommenden Nachgebens selbst bildet und nicht etwa nur gelegentlich, vielleicht mit der Absicht, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu umgehen, mit beigefügt worden ist. Die Beurkundung der Auflassung wird durch das Sitzungsprotokoll ersetzt. Die Form des Prozeßvergleichs richtet sich, auch wenn er die Auflassungserklärungen enthält, allein nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung. Die besonderen Bestimmungen über die Beurkundung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die §§ 168 ff. FGG., brauchen nicht beobachtet zu werden[9]).

Predari[10]) ist dagegen der Ansicht, daß die Auflassung, auch wenn sie Bestandteil eines Prozeßvergleichs sei und ein Richter des das Grundbuch führenden Amtsgerichts sie entgegen genommen habe, auch in den für Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgeschriebenen Formen beurkundet werden müsse. Eine nur nach den Vorschriften der ZPO. beurkundete Auflassung sei für den Grundbuchrichter unbeachtlich, da die Auflassung als prozessualer Akt innerhalb eines Vergleichs unzulässig sei.

Dieser Ansicht wird man aber nicht beitreten können, sondern mit Goldmann-Lilienthal[11]) annehmen müssen, daß die Auflassung im Prozeßvergleich als eine in Ausführung des Vergleichs nach § 925 BGB. abgegebene Erklärung anzusehen ist und sich keineswegs als rein prozessualer Akt darstellt.

Auch wird man durch das Protokoll des Vergleichs die Beurkundung der Auflassung als genügend ansehen müssen. Dies bringt schon die Denkschrift zum Entwurfe eines Gesetzes über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu § 163 mit folgenden Worten zum Ausdruck: „Die Vorschriften des § 163 beziehen sich überhaupt nicht auf die Beurkundung prozessualer Rechtsgeschäfte. Wird ein Rechtsgeschäft, das nach dem bürgerlichen Recht der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, in der prozessualen Form des Vergleichs, des Verzichts oder der Anerkennung vorgenommen, so hat die Beurkundung nach

---

[7]) 925, 3 a.
[8]) Der Prozeßvergleich, S. 203 ff., Henle im Recht 1912, S. 76.
[9]) Vgl. RG. 48 S. 183 ff.
[10]) S. 124.
[11]) S. 333.

den Formen der Zivilprozeßordnung zu erfolgen." Auch nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung steht der Grundsatz fest, daß die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Formen gewisser Verträge für prozeßgerichtliche Vergleiche nicht anwendbar sind, solche prozessualen Rechtsgeschäfte vielmehr nach den Formen der Zivilprozeßordnung gültig und wirksam beurkundet werden können. Allein die Beurkundung des gerichtlichen Vergleichs ist niemals ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern ein solcher des Prozeßgerichts. Hieraus allein ergibt sich schon, daß die Vorschriften der Reichs- und Landesgesetze über die im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu bewirkenden Beurkundung der Rechtsgeschäfte in keiner Weise in Betracht kommen können. Für uns ist die Frage nicht von allzu großer Bedeutung, da, wie noch dargelegt werden wird, eine gültige Auflassung schon mit Abgabe der mündlichen Erklärung vorliegt und zur Wirksamkeit derselben eine Beurkundung nicht erforderlich ist.

Ein Grund, den Abschluß der Auflassung durch einen Prozeßvergleich auszuschließen, weil sie nur bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder Notar abgeschlossen werden kann, liegt nicht vor, weil diese reichsgesetzlich erforderte Form der Auflassung natürlich auch im Prozeßvergleich gegeben ist.

5. Der Inhalt der Auflassungserklärung.

Nach § 873 Abs. 1 BGB. ist zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte, sowie zur Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechtes die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich.

Besondere Vorschriften über den Inhalt der Einigung enthält das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Es genügen Erklärungen, aus denen sich der übereinstimmende Wille der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung mit genügender Deutlichkeit ergibt[1]). Auch § 925 BGB., wonach die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden muß, enthält lediglich eine Formvorschrift der Auflassung, aber nichts über den Inhalt der abzugebenden Erklärung.

Der § 2 des pr. Eigentumserwerbsgesetzes und im Anschluß hieran die Vorschrift des § 828 Abs. 2 des ersten Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches hatten als Muster für die Einigungserklärungen aufgestellt, daß der eingetragene Eigentümer die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige und der Erwerber

---

[1]) Prot. Bd. 3 S. 55.

die Eintragung beantrage. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Form verlassen, in dem nur die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung gefordert wird. Auch bei den Vorarbeiten zum BGB. hegte man keinen Zweifel an der Deutlichkeit dieser Erklärungen.

Die Fassung des § 828 des ersten Entwurfes wurde jedoch nicht gewählt, um nicht zu dem Mißverständnis Anlaß zu geben, daß diese Erklärungen wörtlich in der Formel gebraucht werden müßten, widrigenfalls die Auflassung ungültig sei. Es sollte dem Irrtum vorgebeugt werden, daß die Erklärung des Erwerbers den Eintragungsantrag zum Inhalt haben müsse[2]). Die Protokolle betonen ausdrücklich, daß es nur darauf ankomme, daß die Parteierklärungen sachlich dem Inhalt des § 828 Abs. 2 entsprächen. Es reichen daher Erklärungen aus, die den übereinstimmenden Willen der Beteiligten über den Uebergang des Eigentums vom Veräußerer auf den Erwerber deutlich ergeben. Ausdrücklichkeit und Deutlichkeit muß aber gefordert werden, da der Grundbuchrichter sich auf die Auslegung zweideutiger Erklärungen nicht einlassen kann. Allerdings muß man auch für die Erklärungen der Beteiligten den § 133 BGB. gelten lassen, wonach bei Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an den buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften ist. Die Auflassungserklärungen haben ebenso wie im preußischen Eigentumserwerbsgesetz mündlich zu erfolgen. Dies folgt aus dem Gesetzestext.

Während das materielle Recht nur den Rechtsänderungswillen in irgendeiner Form fordert, verlangt die Grundbuchordnung eine formelle Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, und einen Eintragungsantrag. Die auf die Rechtsänderung gerichtete Erklärung der Partei kann nun etwa folgendermaßen lauten: Ich, A., übertrage das Eigentum an meinem Grundstück X. auf B. Ich, B., nehme diese Erklärung an. Aus diesen Erklärungen geht der übereinstimmende, auf die Rechtsänderung gerichtete Wille der Parteien hervor. Den materiellen Voraussetzungen der Einigung ist damit Genüge geschehen.

Folgende Fassung würde diesem Erfordernis nicht entsprechen: Wir geben bezüglich des Grundstücks X. eine Erklärung gemäß § 925 BGB ab.

Soll jedoch auf Grund der ersterwähnten Einigung die Eintragung erfolgen, so ist formellrechtlich noch die Eintragungsbewilligung des Eigentümers und ein Eintragungsantrag erforderlich. Nach der Ansicht des Reichsgerichts[3]) enthält die Erklä-

---

[2]) Mot. Bd. 3 S. 174.
[3]) RG. Bd. 54 S. 383.

rung des Berechtigten, daß er die Rechtsänderung wolle mit Notwendigkeit auch die Erklärung, daß er mit der Eintragung einverstanden sei, daß er sie bewillige und die Erklärung des anderen Teils, daß er mit dem Eintritt der Rechtsänderung einverstanden sei, enthalte ebenso notwendig die Erklärung, daß er die Rechtsänderung, also die Eintragung wolle, sie beantrage. Die Einigung enthalte also begrifflich die Eintragungsbewilligung und den Eintragungsantrag in sich.

Wie aus dem ersten Beispiel ersichtlich, können die Erklärungen der Parteien aber lediglich die Einigung enthalten. Die Parteien brauchen hierbei nicht die Absicht der sofortigen Eintragung zu haben. Sie wollen vielleicht zunächst nur eine gegenseitige Bindung herbeiführen, während die Eintragung erst unter Umständen stattfinden soll. Es ist nicht richtig, daß in der Einigung auch die Eintragungsbewilligung und der Eintragungsantrag enthalten sein müsse. Dies kann zutreffen, ist aber nicht notwendig, insbesondere nicht, wenn die Einigung nicht vor dem Grundbuchamte selbst, sondern z. B. vor dem Notar erklärt wird.

Erklärt nun der Veräußerer nur die Eintragungsbewilligung und der Erwerber den Eintragungsantrag, so fragt es sich, ob diese Erklärungen nach heutigem Recht die materiellrechtliche Einigung enthalten.

Es mag zugegeben werden, daß der Wortlaut des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes und die Meinungen, die bei der Vorberatung des Bürgerlichen Gesetzbuches geäußert worden sind, für die Beantwortung der vorliegenden Frage nicht allein maßgebend sind; aber auch eine selbständige Prüfung führt zur Bejahung der Frage.

Die Eintragungsbewilligung schließt zunächst die Einigungserklärung des Bewilligenden in sich, denn die Erklärung, die Eintragung zu wollen, gibt deutlich den Rechtsänderungswillen des Erklärenden zu erkennen. Die formelle Eintragungsbewilligung ist in diesem Falle Teil der materiellrechtlichen Einigung. Sie richtet sich also nicht nur an das Grundbuchamt, sondern auch an denjenigen, an den das Grundstück übertragen werden soll. Sie stellt sich also materiellrechtlich auch als eine Offerte dar. Diese rechtsgeschäftliche Natur der Eintragungsbewilligung ergibt sich unzweideutig auch aus dem § 873 Abs. 2 BGB., nachdem sie dann ein Bestandteil der Einigung, also ein Rechtsgeschäft ist, wenn sie in einer den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechenden Form ausgestellt, dem anderen Teil ausgehändigt und von ihm angenommen worden ist. In den Motiven der Grundbuchordnung [4]) wird der rechtsgeschäftliche Charakter der Erklärung besonders hervorgehoben. Hier heißt es „die Eintra-

[4]) S. 54.

gungsbewilligung ist eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, bei welcher der unmittelbar auf Herbeiführung der Rechtsänderung gerichtete Wille dadurch zum charakteristischen Ausdruck gelangt, daß in die Herstellung des die Rechtsänderung entsprechenden Zustandes des Grundbuches gewilligt wird."

Auf die Eintragungsbewilligung des Veräußerers hin beantragt nun der Erwerber die Eintragung. Auch seine Erklärung scheint sich zunächst nur an das Grundbuchamt zu richten. Materiellrechtlich enthält sie aber auch die Annahme des Eintragungsantrages. Mit der an das Grundbuchamt gerichteten prozessualen Ermächtigung zur Vornahme der Eintragung gibt der Erwerber deutlich zu verstehen, daß auch er ebenfalls den Eigentumsübergang des Grundstücks will. Wer erklärt, daß er die Eintragung der Rechtsänderung beantrage, erklärt damit zugleich, daß er die Rechtsänderung annimmt.

Die formellrechtlichen Erklärungen enthalten also in diesem Falle auch die materiellrechtliche Einigung. Die Tatsache, daß ein prozessualer Akt auch materiellrechtliche Wirkungen in sich trägt, finden wir im Rechtsleben noch mehr. Niemand denkt z. B. daran, die in der Klageerhebung liegende Kündigung eines Rechtsverhältnisses für unzulässig zu erklären, weil der prozessuale Akt der Klageerhebung seine klagebegründende materiellrechtliche Voraussetzung als Kündigung in sich trägt. Das OLG. Colmar sah in den Erklärungen die Erfordernisse des § 925 BGB. nicht erfüllt. Es führt aus, in dem Antrag auf Eintragung könne eine ausdrückliche Annahmeerklärung, wie dies vom Gesetz verlangt werde, nicht gefunden werden. Wohl könne aus der Eintragungsbewilligung in Verbindung mit dem Eintragungsantrag auf die dingliche Einigung über den Eigentumsübergang dem Sinne nach geschlossen werden. Diese Schlußfolgerung genüge aber nicht, sondern erforderlich sei eine ausdrückliche Erklärung [5]).

Das OLG. Colmar sieht in dem Eintragungsantrag den formellen Rechtsakt, der keine rechtsgeschäftliche Wirkung habe, sondern sich nur an das Grundbuchamt richtet. Dies kann zweifellos, wie in dem ersterwähnten Falle, in dem die Parteien zunächst rechtsgültig die Auflassung z. B. vor einem Notar erklärten und erst daraufhin der Erwerber die Eintragung in das Grundstück beantragt, zutreffen. Hier ist der Antrag nur an das Gundbuchamt gerichtet, das gemäß § 13 GBO. eine Eintragung nur auf Antrag hin vornehmen soll. Liegt aber eine gültige Einigung der Parteien noch nicht vor, so kann der Eintragungsantrag, wie § 30 GBO. ausdrücklich bemerkt, zugleich eine zu der

---

[5]) Vgl. Siber, § 13, der zu dem Ergebnis kommt, daß die Einigung nach den allgemeinen Regeln des Vertragsschlusses zu beurteilen ist, soweit sich nicht oben aus § 873 Abs. 2 BGB. Abweichungen ergeben.

Eintragung erforderliche Erklärung ersetzen. In diesem Falle ist nur die Ordnungsvorschrift des § 29 GBO. zu beachten. Erklärt also der Veräußerer die Eintragungsbewilligung, der Erwerber den Eintragungsantrag, so gibt dieser hiermit deutlich zu erkennen, daß er die ihm gemachte Eigentumsofferte annimmt. Die Erklärung ist auch rechtsgeschäftlicher Art und bildet mit der Eintragungsbewilligung den materiellen Konsens. Unerheblich für die materielle Wirkung dieser Erklärung ist, daß sie zugleich an das Grundbuchamt gerichtet ist, um dieses zur Eintragung der Rechtsänderung zu veranlassen. Der Eintragungsantrag hat, wie sich auch aus dem Worte „zugleich" des § 30 GBO. ergibt, in diesem Falle eben eine materiellrechtliche und eine formelle Bedeutung.

In den preußischen Formularen hat die Auflassung folgende Fassung: „Wir sind darüber einig, daß das Eigentum ..... auf mich übergehen soll. Ich, A., bewillige, daß B. als neuer Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werde. Ich, B., beantrage die Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch." In dieser Fassung ist die Einigung neben den formellen an das Grundbuchamt gerichteten Einträgen noch besonders erklärt. Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag würden die Einigung aber schon genügend zum Ausdruck bringen, so daß der erste Satz streng genommen überflüssig ist.

Nach § 16 Abs. 2 GBO. kann von den Antragstellern beim Eintragungsantrage bestimmt werden, daß die eine Eintragung nicht ohne die andere (z. B. eine Kaufgeldhypothek) erfolgen soll. Der Antrag ist hier an einen Vorbehalt geknüpft; er kann aus diesem Grunde nicht zur Erklärung der Einigung dienen, da diese gemäß § 925 Abs. 2 BGB. ohne Bedingung erfolgen muß. Formelle und materielle Erklärungen fallen hier zusammen. Die Bedingung des Eintragungsantrages haftet demnach auch der materiellen Erklärung an, die zugleich den Eintragungsantrag bildet. Dem bedingten Antrage kann daher nur formellrechtliche Bedeutung zukommen, so daß es bei Vorliegen eines solchen Antrages notwendig ist, die Einigung besonders zu erklären[6]).

6. Ist die Auflassung notwendig beurkundungsbedürftig?

Während in der Praxis allgemein anerkannt wird, daß die Auflassung mündlich vor dem Grundbuchamt erklärt werden muß, ist es in der Literatur bestritten, ob über die von den Parteien abgegebenen Erklärungen ein Protokoll gemäß den Vorschriften der §§ 175 ff. FGG. aufgenommen werden muß; ob insbesondere beim Fehlen oder bei einem Mangel des Protokolls die Auflassung nichtig ist. Man kann in der Hauptsache drei ver-

[6]) Ebenso Güthe, § 20 Anm. 37. Vgl. Oberneck, Gruch. Beitr. 43, S. 723.

schiedene Ansichten feststellen. Nach der einen Ansicht [1]) ist die Aufnahme eines Protokolls über die Auflassung ein wesentliches Erfordernis des materiellen Rechts und nicht nur durch die Ordnungsvorschrift des § 29 GBO. geboten. Die nur mündlich ohne Protokollierung vor dem Grundbuchamt erklärte Auflassung ist aus diesem Grunde nichtig. Erfolgt auf diese Erklärung die Eintragung ins Grundbuch, so kann ein Eigentumsübergang nicht herbeigeführt werden. Ebenso ist die Gültigkeit der Auflassung zu beurteilen, wenn das aufgenommene Protokoll einen wesentlichen Formmangel des § 167 FGG. verletzt. Nach § 177 FGG. muß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen eigenhändig unterschrieben werden.

Nach der zweiten Ansicht [2]) sind für die Frage, ob der Grundbuchrichter ein Protokoll aufzunehmen hat, und ob das Protokoll den Mußvorschriften der §§ 176 ff. FGG. unterliegt, die landesgesetzlichen Bestimmungen maßgebend.

Dieser Ansicht kann, das mag schon jetzt hervorgehoben werden, aus dem Grund nicht zugestimmt werden, weil es dann auf die Landesgesetzgebung ankommen würde, zu bestimmen, ob die Auflassung eine mündliche oder eine schriftliche Erklärung darstellen würde. Bei Verschiedenheit der Landesgesetzgebung würde die Auflassung in dem einen Lande notwendig beurkundungsbedürftig sein, im anderen nicht. Einen solchen Vorbehalt, der der Landesgesetzgebung die Bestimmung über die Form der Auflassung überträgt, besteht nicht.

Die Form der Auflassung ist allein in § 925 BGB. geregelt und ist nur im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmt.

Nach der dritten, wohl auch richtigen Ansicht [3]), ist zur Rechtswirksamkeit der Auflassung nur die mündliche Erklärung der Beteiligten vor dem Grundbuchrichter erforderlich. Die Aufnahme eines Protokolls ist nach dieser Meinung lediglich eine Ordnungsvorschrift der Grundbuchordnung, die in § 29 bestimmt, daß eine Eintragung nur erfolgen solle, wenn die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche Urkunden oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Nach dieser Ansicht ist das Fehlen oder ein etwaiger Mangel des Protokolls bei nachfolgender Eintragung für den Eigentumsübergang bedeutungslos [3]).

---

[1]) So Predari, S. 383; Turnau-Förster, III. Aufl. S. 442; Güthe S. 446; Biermann, Anm. 2 d zu 873; Cohn, DJZ. 1902, S. 268.

[2]) So Oberneck.

[3]) So Staudinger, 925, 2 δ. K. d. RGR. 925, Anm. 13. Bendix DJZ. 1902 S. 478 ff. Wolff, § 161 Anm. 6.

Die Vertreter der ersten Meinung, so vor allem Güthe [4]), glauben zunächst ihre Ansicht aus dem Wortlaut des § 925 BGB. in Verbindung mit der Entstehungsgeschichte begründen zu können, obwohl der Gesetzgeber in § 925 BGB. das Erfordernis der Beurkundung nicht besonders hervorgehoben hat.

Der dem § 925 BGB. entsprechende § 868 Entwurf 1 hat folgenden Inhalt: „Der zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 828 (jetzt 873) erforderliche Vertrag muß vor dem Grundbuchamt geschlossen werden." Diese Fassung stimme, so argumentiert Güthe, mit der Fassung des § 1434 (Ehevertrag), des § 1750 Abs. 2 (Annahmevertrag) und dem § 2276 Abs. 1 BGB. (Erbvertrag) überein und sei nur wegen Meinungsverschiedenheiten über die rechtliche Natur der Einigung nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen worden. Aus der Notwendigkeit der Beurkundung in den angeführten Fällen folge, daß auch die Beurkundung bei der Auflassung ein wesentliches Formerfordernis sei.

Eine besondere Vorschrift, die die Beurkundung als Erfordernis der Auflassung ausdrücklich vorsieht, besteht aber nicht. Der § 925 BGB. spricht lediglich aus, daß die Auflassung erklärt werden muß. Allein die Tatsache, daß die Erklärungen vor einer richterlichen Behörde abgegeben werden müssen, reicht nicht aus, um anzunehmen, daß hier das gleiche Platz greife, wie in den Fällen, wo das Gesetz einen Vertragsschluß vor Gericht verlangt oder wo ausdrücklich die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist.

Die Entstehungsgeschichte des § 925 BGB. spricht auch nicht für die Schriftlichkeit, sondern für die Mündlichkeit der Erklärung. Die Motive [5]) bemerken: „die Erklärung zu Protokoll des Grundbuchamtes hat nicht die Tragweite, daß eine Eintragungsbewilligung, welche weder durch das Protokoll des Grundbuchamtes noch durch eine öffentlich beglaubigte Schrift beurkundet ist, nichtig ist, und also die auf Grund einer mündlichen Bewilligung vollzogene Eintragung wirkungslos wäre. Eine Formvorschrift in diesem Sinne müßte in hohem Grade bedenklich erscheinen, nachdem der Entwurf in seinem allgemeinen Teil unter § 71 für das Prinzip der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte sich entschieden hat." Hierzu sind nicht nur die Fälle, bei denen eine Eintragung auf Grund der einseitigen Bewilligung erfolgt, zu rechnen, sondern auch die, bei denen die Bewilligung sich als Bestandteil des dinglichen Vertrages darstellt. Weiterhin heißt es auf Seite 314, „mit diesem Erfordernis ist die Notwendigkeit, daß der Veräußerer und der Erwerber ihre Erklärungen münd-

[4]) Güthe S. 446.
[5]) Bd. 3 S. 187.

lich und gleichzeitig vor der Grundbuchbehörde verlautbaren, von selbst gegeben." Als wesentliches Formerfordernis wird hier also nur die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien betont, während die Beurkundungsbedürftigkeit der Auflassung nirgends hervorgehoben wird.

Ebenso heißt es in den Motiven, Entwurf I der Grundbuchordnung § 39, „Die Unwirksamkeit der Eintragung könne nur Folge eines materiellen Mangels sein; es komme mithin nur darauf an, daß die Erklärungen wirklich abgegeben sind."

Auch bestimmt der Wortlaut des § 925 BGB. nur, daß die zur Uebertragung des Eigentums nach § 873 BGB. erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden muß. Ein Antrag in der zweiten Kommission des Entwurfs I § 868 dahin zu fassen, die Auflassungserklärungen müssen mündlich und gleichzeitig vor dem Grundbuchamt abgegeben werden, wurde nur aus dem Grunde abgelehnt, weil das Erfordernis der Mündlichkeit für selbstverständlich galt.

Die Notwendigkeit einer schriftlichen Erklärung läßt sich aus dem Wortlaut des § 925 BGB. keineswegs entnehmen. Die Formalisierung der Auflassung besteht nur darin, daß die Parteien oder deren Vertreter vor der zur Entgegennahme der Erklärung zuständigen Behörde gleichzeitig erscheinen müssen, um dort ihre auf den Eigentumsübergang gerichteten Erklärungen abzugeben.

Josef [6]) und einige andere Schriftsteller entnehmen die Notwendigkeit einer Beurkundung aus § 69 GBO. Diese Ansicht ist ebenfalls nicht haltbar. § 29 GBO. bestimmt nur, wann eine Eintragung erfolgen soll, aber nicht, ob die Auflassung einer besonderen Form bedarf.

Mit Rücksicht auf die Gefahr, die aus einer unrichtigen Eintragung infolge des guten Glaubens entstehen kann, hat die Grundbuchordnung im § 29 bestimmte Formerfordernisse aufgestellt. Diese Erfordernisse müssen dem Grundbuchamte nachgewiesen werden. Der § 29 ist jedoch nur eine Ordnungsvorschrift. Die Rechtswirksamkeit einer Eintragung hängt nicht davon ab, ob den Formvorschriften des § 29 Genüge geschehen ist oder nicht. Dies richtet sich allein nach materiellem Recht. Denn § 29 ist, wie sich auch schon aus seiner Fassung ergibt, kein zwingendes Recht. Er enthält „nicht Formvorschriften für rechtsgeschäftliche Erklärungen, sondern Ordnungsvorschriften, welche eine Formalisierung der Erklärungen veranlassen, weil sonst das Grundbuchamt pflichtmäßig die Eintragung zu verweigern hat." Verlangt das materielle Recht keine Form für die Auflassung, so macht die Verletzung der Formvorschrift des § 29 GBO. die Eintragung nicht nichtig.

[6]) In d. bad. Not. Zeitschrift, Bd. 95 S. 152.

Auch der von Cohn [7]) angeführte Grund, daß das Ergebnis der mündlichen Willenserklärungen den Personen, welche nicht sprechen können, die Möglichkeit, rechtsgeschäftlich Grundstücke zu erwerben oder zu veräußern, abschneide, ist nicht stichhaltig, da diese sich ja jederzeit vor der Auflassungsbehörde vertreten lassen können, ihr persönliches Erscheinen wird nicht gefordert.

Für die Mündlichkeit der Erklärung spricht auch der vom Reichsgericht [8]) angeführte Absatz 2 des § 873 BGB., dort wird, obwohl nur von der Bindung der Beteiligten an die Einigung gesprochen wird, deutlich unterschieden, zwischen gerichtlichen oder notariell beurkundeten Erklärungen und solchen, die vor dem Grundbuchamt abgegeben werden. Aus dieser besonderen Hervorhebung der letztgenannten Erklärung zeigt der Gesetzgeber, daß er auch den nicht beurkundeten Erklärungen rechtliche Bedeutung beimißt. Auch Breit [9]) schließt aus diesem auffälligen Unterschied in der Gesetzesfassung, daß der Erklärungsakt sich in beiden Fällen in verschiedener Weise vollziehen müsse. Wäre auch die Abgabe vor dem Grundbuchamt als beurkundete Abgabe gedacht, so sei nicht einzusehen, weshalb alsdann nicht auch im Gesetze selbst die Gleichartigkeit durch die Fassung zum Ausdruck gebracht sei [10]).

Von den Vertretern der ersten Ansicht wird weiterhin zur Begründung ihrer Meinung ausgeführt, daß dem Gesetzgeber für die Bestimmung der Auflassung im Bürgerlichen Gesetzbuch das preußische Gesetz über den Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872 zum Vorbilde gedient habe. Nach preußischem Recht mußte über die mündlich abgegebenen Erklärungen ein Protokoll aufgenommen werden. Das Prinzip des preußischen Gesetzes über den Eigentumserwerb von 1872 sei in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen worden, mithin sei auch die Protokollierung der Auflassung nach bürgerlichem Recht erforderlich.

Die Mußvorschrift der Protokollierung der Auflassung im preußischen Recht ist aber nicht im Gesetz vom 5. Mai 1872 zu finden, sondern sie ergibt sich aus § 32 der preußischen Grundbuchordnung, wonach mündliche Anträge auf Eintragungen von Amtsrichtern zu beurkunden waren. Eine solche Mußvorschrift für die Beurkundung der Auflassung gibt es im heutigen Recht nicht mehr: Wohl bestimmt § 29 GBO., daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn die Eintragungsbe w i l l i g u n g oder die sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem

---

[7]) DJZ. 1902 S. 268.

[8]) Bd. 99 S. 69.

[9]) Ztg. d. D. Notarvereins, 4. Jahrg. 1904, Heft 4, S. 173 ff., Heft 11, S. 541.

[10]) Vgl. Dronke in Busch's Zeitung 30, S. 56 ff.

Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlichbeglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Zu den sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen gehört nach der herrschenden Lehre auch die Auflassung. § 29 GBO. enthält aber lediglich eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung aber keineswegs, wie schon hervorgehoben, die Nichtigkeit der Auflassung zur Folge hat. Aus den Vorschriften des § 175 FGG. kann die Beurkundung der Auflassung ebenfalls nicht gefolgert werden, denn dies sind lediglich Vorschriften, die darüber Auskunft geben, wie die Beurkundung zu erfolgen hat. Voraussetzung für ihre Anwendung ist aber, daß nach materiellem Recht die Beurkundung notwendig ist.

Es ist mithin den Vertretern der letzteren Meinung beizupflichten, die eine Beurkundung der Auflassung nicht für notwendig erachten, da es eine gesetzliche Bestimmung für die Formvorschrift nicht gibt.

Dem bürgerlichen Gesetzbuch liegt das Prinzip der Formfreiheit für Rechtsgeschäfte zu Grunde. Wird aber für Rechtsgeschäfte eine besondere Formvorschrift verlangt, so ist diese im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben. Hätte also der Gesetzgeber die Beurkundung der Auflassung für notwendig erachtet so würde dies Erfordernis auch ohne Zweifel besonders hervorgehoben worden sein; aber weder § 925 BGB. noch § 20 GBO. enthalten eine ausdrückliche Bestimmung aus der sich die Notwendigkeit der Beurkundung der Auflassung ergibt. Jn beiden Paragraphen wird nur die Erklärung der Einigung erfordert.

Auch das Verkehrsinteresse spricht für eine mündliche Auflassungserklärung. Das Auflassungsprotokoll könnte z. B. fehlerhaft sein und dieser Umstand von einem der Beteiligten ausgebeutet werden. Dies wird häufiger zutreffen, als daß Auflassungen ohne Beurkundung erfolgen werden.

7. Die Mitwirkung des Grundbuchbeamten bei Entgegennahme der Auflassung.

Die Auflassung muß von den Parteien vor dem Grundbuchamt, d. h. vor dem Grundbuchrichter erklärt werden. Die verantwortliche Amtsperson vor der die Erklärung zu erfolgen hat, ist der Grundbuchbeamte selbst. Da mit der selbständigen Erledigung richterlicher Geschäfte auch in Grundbuchsachen Beamte des mittleren Dienstes als Rechtspfleger betraut werden können, so kann die Auflassung auch vor diesen gültig erklärt werden, dies allerdings nur, soweit bei den einzelnen Amtsgerichten von der AV. vom 28. Mai 1925 (JM. Blatt Seite 404) zur Ausführung des Reichsgesetzes zur Entlastung der Gerichte vom 11. März 1921 (RG. Bl. Seite 229) und des preußischen Gesetzes be-

treffs die Uebertragung richterlicher Geschäfte in Grundbuchsachen auf die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vom 14. Dezember 1920, geändert in 1926, 1927 und 1928 und neugefaßt am 1. März 1928 (JM. Bl. S. 140) Gebrauch gemacht worden ist. Ueber die Notwendigkeit der Entlastung der Grundbuchrichter entscheidet der Landgerichtspräsident.

Der Grundbuchbeamte muß bereit sein, die von den Parteien abzugebenden Erklärungen entgegenzunehmen. Die Praxis fordert nun nicht, daß der Richter persönlich mit den Parteien über ihre Erklärungen verhandelt und bei der Beurkundung der Erklärungen unausgesetzt mitwirkt. Das Reichsgericht [1]) sagt, daß es für die Mitwirkung des Richters genüge, wenn die Parteien ihre Erklärungen vor einem Gehilfen des Urkundsbeamten abgegeben haben und die von diesen protokollierten Erklärungen, nachdem sie den Parteien vorgelesen sind, in Anwesenheit des Urkundsbeamten genehmigen und das Protokoll unterschreiben. In dem von dem Reichsgericht entschiedenen Falle wollten die Parteien vor dem Grundbuchamt einen Grundstückskauf abschließen und das verkaufte Grundstück auflassen. In der Grundbuchamtskanzlei befand sich der Gehilfe, der Richter in einem sich daneben befindlichen Zimmer, dessen Tür offen stand. Der Gehilfe faßte in der Kanzlei den Vertrag und die Auflassungserklärung schriftlich ab. Während er nun die Urkunde vorlas drehte sich der Richter, der vor seinem Arbeitstisch saß, während er bisher der Kanzlei den Rücken zugekehrt hatte, nach der Kanzlei hin und hörte zu, wie der Gehilfe die Urkunde vorlas. Nachdem die Parteien die Urkunde unterzeichnet hatten, beurkundete sie der Grundbuchrichter, ob noch in Gegenwart der Partei steht nicht fest. Der Berufungsrichter hatte in diesem Falle angenommen, daß der Richter die Erklärungen nicht entgegengenommen habe und infolgedessen die Auflassung für nichtig erklärt. Das Reichsgericht hat entgegengesetzt entschieden. Erforderlich ist, nach der richtigen Ansicht des Reichsgerichts, daß die Parteien sich bewußt sind, daß nicht der mit ihnen verhandelnde Gehilfe, sondern sein Vorgesetzter die verantwortliche Urkundsperson ist. Das traf in diesem Falle zu, da sich der Vorfall in einer kleineren Gemeinde abgespielt hatte und aus diesem Grunde den Parteien die Beamten persönlich bekannt waren. Das Reichsgericht [2]) sagt weiter, wenn der Grundbuchbeamte bei solcher Sachlage der Verlesung und Genehmigung des Protokolls ohne in die Grundbuchamtskanzlei selbst einzutreten, von seinem Sitze im Nebenzimmer, auf dem er sich zum Zeichen seiner Teilnahme und Mitwirkung um- und den Parteien zudrehte, beigewohnt hat, so ist nicht einzusehen, was er noch hätte tun sollen,

[1]) Bd. 61, S. 95.
[2]) Bd. 61 S. 99.

um als die einzig verantwortliche Amtsperson hervorzutreten und dies den Parteien, die ihn ja als Grundbuchbeamten kannten, zum Bewußtsein zu bringen.

Der Entscheidung des Reichsgerichts ist beizutreten. Es ist nicht erforderlich, daß der Grundbuchbeamte die Verhandlungen selbst mit den Parteien führt; er ist aber verpflichtet, sich den Parteien als Urkundsperson erkenntlich zu machen und in dieser Eigenschaft den entscheidenden Teil der Parteierklärungen anzuhören, d. h. entgegenzunehmen. Bei der Auflassung muß er also genau verstanden haben, daß die Parteien die Einigung erklärt haben. Voraussetzung ist hierfür selbstverständlich, daß die Parteierklärungen in einer dem Richter verständlichen Sprache abgegeben werden. Es würde z. B. nicht genügen, wenn die Parteien die Einigung in einer nur ihnen, nicht auch dem Richter geläufigen Sprache erklärten und daraufhin dem Richter lediglich die von ihnen getroffenen Vereinbarungen mitteilten. In einem solchen Falle würde keine Erklärung vor dem Grundbuchamte vorliegen, da der Richter die Erklärungen nicht entgegengenommen hat; die Auflassung würde also aus diesem Grunde nichtig sein.

Beteiligen sich im allgemeinen bei gerichtlichen Verhandlungen Personen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, so gestattet § 187 Abs. 2 GVG. nur in den Fällen von der Zuziehung eines Dolmetschers abzusehen, wenn die beteiligten Personen sämtlich die fremde Sprache beherrschen. Nun sind die Grundbuchsachen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Sie fallen zwar nicht unter § 1 FGG., da sie nicht durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen worden sind. Die §§ 2—34 FGG. finden demnach nicht ohne weiteres Anwendung. Die Amtsgerichte sind aber durch Landesgesetz, in Preußen Artikel 1 AG. GBO., als Grundbuchämter für die in ihrem Bezirke gelegenen Grundstücke bestellt. Das Landesgesetz bestimmt demnach auch, ob und in welchem Umfange die allgemeinen Vorschriften des FGG. auf Grundbuchsachen Anwendung finden. Infolge dieser Vorschriften gehören die Grundbuchsachen zu den durch Landesgesetz den ordentlichen Gerichten übertragenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, auf die nach Maßgabe der Artikel 1 und 2 des pr. FGG. die Vorschriften des FGG. Anwendung finden. —

Im Gegensatz zum GFG. sieht das FGG. in § 9 bei den Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit von der Zuziehung eines Dolmetschers schon dann ab, wenn der Richter der fremden Sprache mächtig ist; ein etwa notwendiger Protokollführer braucht die fremde Sprache nicht zu beherrschen. Die Gesetzesstelle zeigt deutlich, daß gerade der Richter die Parteierklärungen verstehen muß. Der Gesetzgeber legt der Mitwirkung des

Richters bei Entgegennahme der Auflassung eine besondere Bedeutung bei. Er hat also in verstärktem Maße im Gegensatz zu anderen Beurkundungen bei der Entgegennahme der Erklärungen mitzuwirken. Beherrscht nur eine Partei die fremde Sprache, so hat er deren Erklärung zu übersetzen und nachher das Protokoll in der fremden Sprache vorzutragen. Mitwirkende Person ist bei der Entgegennahme also lediglich der Richter, dieser muß fähig sein, die Parteierklärungen zu verstehen.

Aus dem Dargelegten ergibt sich, daß die Mitwirkung des Grundbuchbeamten in der Entgegennahme der Erklärungen besteht. Bevor aber der Richter die Erklärungen der Parteien entgegennimmt, hat er die Legitimation der Erschienenen zu prüfen. Der Richter muß sich klar darüber sein, ob die Parteien vor ihm in Person erschienen sind oder ob lediglich ein Vertreter derselben die Erklärungen abgeben will, ferner ob die erschienenen Personen auch wirklich diejenigen sind, für die sie sich ausgeben. Es geht nicht an, daß eine Person als Vertreter erscheint, mag dies auch der Gegenpartei bekannt sein, daß sich der Vertreter dem Richter gegenüber aber als Erwerber bzw. als Veräußerer in Person ausgibt. In diesem Falle liegt eine gültige Auflassung nicht vor. Die Erklärungen der beiden Parteien bilden wohl einen Vertrag, soweit eine Bevollmächtigung zur Abgabe der Erklärung vorliegt, nicht aber ist der Mitwirkung des Richters bei Entgegennahme der Auflassung Genüge geschehen. Diesem müssen die Personen, die vor ihm erscheinen, auch bekannt sein; er muß also wissen, wer die Erklärenden sind. Wird er über die Persönlichkeit getäuscht, so liegt keine ordnungsmäßige Entgegennahme der Erklärungen und hiermit auch keine gültige Auflassung vor. Die unrichtige Beurkundung des über die Auflassung aufgenommenen Protokolls würde nicht erheblich sein, da die Wirksamkeit der Auflassung durch einen Fehler des Protokolls nicht beeinflußt wird. Die Mitwirkung des Richters erstreckt sich bei Entgegennahme der Auflassung also auch auf die Kenntnis der vor ihm erschienenen Personen.

8. Die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien.

a) Die Ausnahmebestimmungen des Artikel 143 Abs. 2 EG. zum BGB.

Die Auflassung erfordert die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile, nämlich des Veräußerers und des Erwerbers, vor dem Grundbuchamt. Regelmäßig werden die Parteien also ihre Erklärungen persönlich abgeben, eine bloße Mitanwesenheit eines Teils kann dessen Erklärungen nicht ersetzen [1]). Erforderlich ist das persönliche Erscheinen der Parteien jedoch keinesfalls. Für

[1]) Bayr. OLG. Bd. 22 S. 272.

sie kann jederzeit ein Vertreter auftreten. Auf die Einigung als Vertrag finden auch die Bestimmungen über die Stellvertretung §§ 164 ff. BGB Anwendung. Die Erteilung dieser Vollmacht ist an sich formlos, sie bedarf namentlich nicht der Form des Grundstücksübereignungsvertrages. Jedoch darf die Formfreiheit nicht zu einer Umgehung des § 313 BGB. führen. Dies würde nach der Ansicht des Reichsgerichts dann vorliegen, wenn die Parteien sich unwiderruflich an die erteilte Vollmacht binden wollten, so daß die Vollmacht sich nur als äußeres Gewand darstellt, in Wirklichkeit aber bereits als Teil eines einheitlichen der Form des § 313 BGB. unterliegenden Rechtsgeschäfts erscheint, mag sie auch in einer besonderen getrennten Urkunde erteilt werden. Mit Rücksicht auf § 29 Grundbuchordnung ist die dort vorgeschriebene Form als Sollvorschrift erforderlich. Beruht die Vertretungsbefugnis nicht auf einer Erklärung des Vertretenen, sondern auf dem Gesetze, so ist sie durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Es hat z. B. der Vormund seine Bestallung, der Nachlaßpfleger, der Nachlaßverwalter und der Konkursverwalter haben öffentliche Urkunden über ihre Ernennung vorzulegen. Wird die Vollmacht nach Erklärung der Auflassung widerrufen, so hindert dieser Widerruf die Eintragung und damit den Eintritt der Eigentumsübertragung nicht.

Ein Notar, vor dem das Grundrechtsgeschäft geschlossen wird, kann mit Rücksicht auf § 171 Nr. 1 FGG., wonach als Notar derjenige nicht mitwirken kann, zu dessen Gunsten in der Urkunde eine Verfügung getroffen wird, nicht in derselben Urkunde eine Vollmacht zur Auflassung von den Beteiligten erteilt werden. Ueber die Bedeutung des Ausspruches „zugunsten" herrscht lebhafter Streit. Aus den Materialien ist nicht zu entnehmen, was das FGG. unter Begünstigung versteht. Das Kammergericht sagt, unter Begünstigter nach § 171 Ziffer 1 FGG. ist schlechthin der zu verstehen, dem in der Urkunde ein Recht eingeräumt werde. Dies ist sicherlich der Fall, wenn der Notar eine Vollmacht auf sich selbst beurkundet, da ihm hierdurch das Recht zusteht, für den Beteiligten rechtswirksam zu handeln. Anderer Ansicht ist Oberneck, der aus dem Vergleich, daß bei Aufnahme eines Testaments der Notar seine Bestellung zum Testamentsvollstrecker beurkunden kann, die Zulässigkeit folgert.

Nicht ist jedoch notwendig, daß die gleichzeitige Anwesenheit der Beteiligten bei der Auflassung ausdrücklich beurkundet wird, es genügt, daß der Inhalt der Auflassungsurkunde unzweifelhaft ergibt, daß diesem Erfordernis genügt ist. Diese Beurkundungsform unterscheidet sich von der gerichtlichen und notariellen Beurkundung des Bürgerlichen Gesetzbuches insofern, als der Vertragsantrag und dessen Annahme nicht getrennt beurkundet werden können. Die Auflassung muß bei gleichzeitiger

Anwesenheit unmittelbar vor dem Grundbuchbeamten oder der sonst landesrechtlich zugelassenen Urkundsperson erfolgen. Es würde dem Formerfordernis auch nicht genügen, wenn bloß die schriftlichen Willenserklärungen dem Grundbuchbeamten eingereicht würden. Ein Verstoß gegen das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit hat Nichtigkeit der Auflassung zur Folge.

Haben nun auf einer Seite mehrere Personen z. B. mehrere Verkäufer, die Miteigentümer des Grundstücks sind, mitzuwirken, so ist es streitig, ob diese Personen ihre Erklärungen sämtlich gleichzeitig vor dem Grundbuchamt abzugeben haben. Das Kammergericht hat diesen Fall dahin entschieden, daß dem Erfordernis gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile Genüge geschehen ist, wenn die mehreren Veräußerer ihre Erklärungen nacheinander in Gegenwart des Erwerbers abgeben, so daß schließlich die gleichzeitig mit dem anderen Teile erfolgten Auflassungserklärungen der sämtlichen Vertragsgegner vorliegen. Dieser Auffassung ist m. E. im Interesse der Verkehrserleichterung beizupflichten, zumal die Erschwerung der Beurkundungsform lediglich in dem Ausschluß der gleichzeitigen Auseinanderfolge von Antrag und Annahme besteht. Bei Miteigentum kann jeder Miteigentümer seinen Bruchteil besonders auflassen.

Eine Ausnahme von dem Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit hat die Auflassungsform durch den Vorbehalt des Artikel 143 Abs. 2 erfahren, wonach von den Ländern bestimmt werden kann, daß für den Fall gerichtlicher oder notarieller Versteigerung und wenn die Auflassung noch in dem Versteigerungstermin stattfindet, es der gleichzeitigen Anwesenheit nicht bedarf. Dieser Vorbehalt ist mit Rücksicht auf die Eigentümlichkeit des westdeutschen Parzellenbesitzes gemacht, wonach die Versteigerung einer Mehrzahl kleinerer Grundstücke in einem von dem Gericht oder von dem Notar anberaumten Termin üblich war. Das am Rhein in Uebung gewesene Verfahren wird in den Protokollen [2]) wie folgt geschildert. Bei den in Rheinpreußen und Rheinhessen häufigen notariellen Versteigerungen einer Mehrzahl von Parzellen werde gewöhnlich so verfahren, daß in dem Protokoll die für alle Parzellen gleichen Kaufbedingungen an die Spitze gestellt würden, in diese Bedingungen der Eintragungsantrag des Erwerbers aufgenommen werde. Daß dann die Parzellen nacheinander aufgeboten würden und der Ersteigerer der Parzelle nach Abschluß der auf sie bezüglichen Versteigerung das Protokoll unterzeichne und sich entferne, während der Verkäufer sich erst nach dem Abschluß der ganzen Versteigerung über die Erteilung des Zuschlags schlüssig mache und bejahendenfalls die Eintragungsbewilligung erkläre.

---

[2]) Bd. III S. 167.

Anwesend müssen demnach die Beteiligten gewesen sein, dagegen wird ihre gleichzeitige Anwesenheit nicht gefordert. Von dem Vorbehalt haben Preußen für das bisherige rheinische Rechtsgebiet sowie Bayern, Baden, Bremen, Oldenburg und einige kleineren Staaten Gebrauch gemacht.

b) Die Erklärung einer Partei kann durch Urteil ersetzt werden.

Eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz der gleichzeitigen Anwesenheit besteht reichsrechtlich, wenn entweder der Erwerber oder der Veräußerer auf Grund eines rechtsgültigen Kaufvertrages nach § 313 BGB. zur Abgabe der Willenserklärung verurteilt worden ist. Gemäß § 894 ZPO. gilt die Willenserklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Die Wirkung des rechtskräftigen Urteils besteht darin, daß es die Auflassungserklärung des Beklagten inhaltlich und auch der Form nach ersetzt. Es ersetzt natürlich nur die Erklärung der einen Partei, andere Erfordernisse, z. B. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, sind besonders nachzuweisen.

Kann die Auflassung nach der landesrechtlichen Bestimmung nicht nur vor dem Grundbuchamt erfolgen, so kann der andere Teil die mündliche Erklärung unter Bezugnahme auf das die Erklärung des anderen Teils vertretene Urteil vor jeder zuständigen Behörde abgeben. Die Rechtsfiktion hat die Wirkung, daß die durch das Urteil ersetzte Auflassungserklärung als gleichzeitig mit der erforderlichen mündlichen Erklärung des anderen Teils abgegeben gilt. Erst mit der Abgabe der Erklärung der anderen Partei ist die Auflassung erfolgt. Gibt die eine Partei ihre Erklärung ab und reicht das Urteil erst nachträglich dem Grundbuchamt ein, so ist das Erfordernis der Gleichzeitigkeit und Einheitlichkeit der Auflassungserklärung nicht gewahrt; die etwa daraufhin erfolgte Eigentumsübertragung ist unwirksam und das Grundbuch unrichtig. Der wahre Eigentümer kann gemäß § 894 BGB. die Berichtigung des Grundbuchs verlangen oder einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eintragen lassen. Ist die Auflassungserklärung, zu deren Abgabe der Beklagte verurteilt ist, von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so gilt die Erklärung des Verurteilten in dem Zeitpunkt als abgegeben, wenn eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erteilt ist.

Der etwa nach Eintritt der Rechtskraft eintretende Tod des Schuldners hat auf die Erklärung keinen Einfluß mehr. Eine Umschreibung des Vollstreckungstitels ist deshalb nicht notwendig [3]).

---

[3]) Protok. 1 S. 175.

9. Kontrahieren mit sich selbst.

Gemäß § 181 BGB. kann ein Vertreter, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Die erste Kommission ging davon aus, daß das Kontrahieren mit sich selbst dem Prinzipe nach gestattet sei. Die zweite Kommission sprach sich hiergegen aus und ließ diese nur im Rahmen von § 181 BGB. zu [1]). Das diesem Verbote zuwider vorgenommene Rechtsgeschäft ist zwar nach heutiger Rechtsprechung des Reichsgerichts und wohl auch nach der überwiegenden Ansicht der Kommentatoren nicht nichtig, sondern zunächst bis zur erfolgten Genehmigung unwirksam. § 181 BGB. findet sowohl auf den gesetzlichen Vertreter wie auf den Bevollmächtigten Anwendung. Die Gefahr der Interessenkollision ist nicht gegeben, wenn der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten von den Beschränkungen des § 181 BGB. entbunden hat [2]). Dies ist z. B. der Fall, wenn der Bevollmächtigte in der das Veräußerungsgeschäft enthaltenden Urkunde vom Veräußerer zur Erteilung und vom Erwerber zur Entgegennahme der Auflassung ermächtigt worden ist oder, wenn der Verkäufer den Käufer bevollmächtigt, sich selbst die Auflassung zu erklären. In beiden Fällen handelt der Bevollmächtigte in Erfüllung einer Verbindlichkeit. Zur Ersparung von Kosten bestellen die Parteien häufig denselben Vertreter [3]).

10. Konvaleszenz.

Berechtigter im Sinne von § 873 BGB. ist nur, wer die dingliche Verfügungsmacht über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück hat. Berechtigt kann auch sein, wer nicht im Grundbuch als Berechtigter eingetragen, aber doch Eigentümer des Grundstücks ist, wie z. B. der noch nicht eingetragene Erbe. Dies ergibt sich aus dem Wortlaute des § 873 Abs. 1 BGB., der nicht mehr wie im § 828 des ersten Entwurfes die Einigung des „Eingetragenen Berechtigten" und des anderen Teils, sondern nur die Einigung des Berechtigten ohne Rücksicht darauf, ob er als solcher eingetragen ist oder nicht, erfordert. Die Vorschrift des § 40 Abs. 1 GBO., wonach eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen ist, stellt nur eine Ord-

---

[1]) Protok. 1 S. 175.

[2]) Vgl. RG. 67, S. 51; 71, 163.

[3]) Vgl. im übrigen W. Boettger, das Selbstkontrahieren des Vertreters. Diss. Marburg 1931.

nungsvorschrift dar. Es ist also auch die Verfügung eines solchen Berechtigten wirksam, der nicht im Grundbuch eingetragen ist.

Wird die Auflassung von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht erklärt, so bestimmt sich ihre Wirksamkeit nach den Vorschriften des § 177 BGB., da die Bestimmungen des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches, wenn auch mit einigen Ausnahmen, auf die Auflassung Anwendung finden. Durch nachträgliche Genehmigung des Vertretenen kann die Auflassung demnach wirksam werden. Die auf Grund der Erklärung des Vertreters ohne Vertretungsmacht erfolgte Eintragung einer Rechtsänderung ist zwar nicht nichtig, wenn bei ihr im übrigen die gesetzlichen Vorschriften beobachtet sind, weil die Einigung und mit ihr die Eintragung unter den Voraussetzungen des § 177 wirksam werden können; aber solange Konvaleszenz nicht eingetreten ist, bleibt die Einigung und Eintragung unwirksam.

Die Genehmigung muß als empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft gegenüber einem an dem unwirksamen Rechtsgeschäft Beteiligten erklärt werden, um wirksam zu sein. Es genügt nicht, wenn die Genehmigung dem Grundbuchamt oder dem Gericht, vor dem die Auflassung erklärt worden ist, gegenüber abgegeben wird, denn der Richter steht in keinem privatrechtlichen Vertragsverhältnis zu den Parteien derart, als er von den Vertragsparteien stillschweigend zur Entgegennahme der Genehmigungserklärung beauftragt gelten kann. Eine analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 873 und 876 BGB. ist ausgeschlossen.

Die Genehmigung ist ein selbständiges, neben der Auflassung stehendes Rechtsgeschäft und unterliegt nicht den Formvorschriften der Auflassung, denn nach § 182 Abs. 2 BGB. bedarf sie nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form. Dieser Satz ist eigentlich selbstverständlich, denn die Genehmigung tritt als isoliertes, selbständiges Rechtsgeschäft zu einem bereits vorhandenen Rechtsgeschäft hinzu und ist daher, wie jedes andere Rechtsgeschäft, im Zweifel formlos, da das Bürgerliche Gesetzbuch von dem Prinzip der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte ausgeht.

Gegen die Anwendung des § 177 BGB. wendet sich aber Eccius, der diese Vorschrift nur auf schuldrechtliche Verträge anwenden will; außerdem aber auch noch geltend macht, daß bei der Erklärung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht mit nachfolgender Genehmigung gleichzeitige Anwesenheit nicht gewahrt sei.

Die Wirkung der Genehmigung des Vertretenen ist aber analog der des § 185 BGB. zu beurteilen. Sie wirkt daher auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Es hat danach zwar der Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt, durch die Rückwirkung der Genehmigung wird er aber schon als im

Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts für vertretungsberechtigt angesehen. Dem Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit der Parteien ist hiernach ebenfalls Genüge geschehen.

Aehnlich verhält es sich bei der Erklärung der Auflassung durch einen Nichtberechtigten. Während im vorigen Falle ein Vertreter ohne Vertretungsmacht im fremden Namen handelt, trifft hier ein Nichtberechtigter im eigenen Namen eine Verfügung. Nach § 181 Abs. 2 BGB. wird eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, u. a. dadurch wirksam, daß der Berechtigte sie genehmigt.

Im ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches war das Konvaleszenzprinzip nicht im allgemeinen Teil enthalten, sondern es war in einzelnen Paragraphen besonders hervorgehoben, z. B. in §§ 310, 830, 876. § 830 bestimmte, daß die Eintragungsbewilligung, welche von einer zur wirksamen Erteilung der Bewilligung nicht berechtigten Person erteilt wird, wirksam ist, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erteilt ist und wirksam wird, wenn sie von dem Berechtigten genehmigt wird . . . . . Das diesem Paragraphen zugrunde liegende Prinzip ist durch die allgemeine Vorschrift des § 185 BGB. ersetzt worden, um der Ansicht vorzubeugen, als handele es sich in den angegebenen Paragraphen nur um Spezialvorschriften, welche eine analoge Anwendung nicht zuließen [1]). § 185 BGB. findet somit auch auf die Auflassung Anwendung, da besondere Bestimmungen, welche eine Konvaleszenz ausschließen würden, nicht vorhanden sind.

Die Auflassung selbst ist schon als eine Verfügung anzusehen. Sie bewirkt zwar nicht für sich allein, aber doch unter Hinzutritt des nicht rechtsgeschäftlichen Tatbestandes der Eintragung eine Rechtsänderung; es ist für die Wirkung der Genehmigung also gleichgültig, ob diese vor oder nach der Eintragung, die auf Grund der erklärten Auflassung des Nichtberechtigten erfolgt ist, erklärt wird [2]). In den Motiven [3]) wird dies dahin ausgedrückt, die Konvaleszenz kann sowohl vor als auch nach Vollziehung der auf Grund der Bewilligung eines Nichtberechtigten möglichen Eintragung in Frage kommen. Juristisch aber sind beide Fälle nicht verschieden. Es handelt sich immer um eine Unwirksamkeit des dinglichen Vertrages aus Gründen, welche in einem Mangel der Berechtigung des Veräußerers zur Verfügung über den Vertragsgegenstand beruhen. Es liegt daher keine Veranlassung vor, in dem Gesetzbuch die beiden Kategorien zu trennen. Erfolgt die Genehmigung vor der Eintragung, so wird die Auflassung voll wirksam; bei Hinzutreten der Eintragung wird demnach der Eigentumsübergang bewirkt. Erfolgt sie dagegen erst nach der

[1]) Prot. 1, S. 179, Prot. 3, S. 205.
[2]) Vgl. RG. 54 S. 366.
[3]) Bd. 3 S. 189 ff.

Eintragung, so wird mit ihrer Wirksamkeit der Eigentumsübergang vollendet.

Die Verfügung des Nichtberechtigten kann nur wirksam werden, wenn der Berechtigte sie genehmigt. Der Genehmigende und der Berechtigte müssen demnach ein und dieselbe Person sein. Erforderlich ist hiernach, daß im Zeitpunkt der Genehmigung der Genehmigende auch der Berechtigte ist. Ist der Genehmigende im Zeitpunkt der Verfügung nicht berechtigt gewesen, aber zur Zeit der Genehmigung berechtigt, so kann er wirksam genehmigen. Es ist umgekehrt die Genehmigung unwirksam, wenn der Genehmigende wohl zur Zeit der Verfügung, nicht aber mehr zur Zeit der Genehmigung berechtigt ist. Hatte z. B. der Nichtberechtigte A. ein Grundstück des B. an C. aufgelassen, so kann der inzwischen in Konkurs gefallene B. die Eigentumsübertragung nicht mehr genehmigen, da er über sein Grundstück nicht mehr verfügungsberechtigt ist.

Da in diesen Fällen der Erklärungen durch einen Nichtberechtigten und einen Nichtbevollmächtigten die Auflassung nicht nichtig ist, sondern wirksam werden kann, so darf das Grundbuchamt die Entgegennahme derselben auch nicht verweigern. Obwohl man allgemein nicht annehmen kann, daß auf die Aufnahme nichtiger oder unwirksamer Verträge ein Recht besteht, so muß man dies doch bei der Auflassung, einerseits mit Rücksicht auf die Konvaleszenz, andererseits mit Rücksicht auf die Schwierigkeiten, welche für die Beteiligten bei der Auflassung entstehen können, da diese bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Grundbuchamt erklärt werden muß, annehmen.

Es trifft ferner das zu, was sich in den Motiven zu Entwurf 1 des § 40 GBO. bemerkt findet: „Dem Grundbuchamt stehe, wenn es um eine Protokollierung angegangen werde, keine Befugnis zur Anstellung einer Prüfung darüber zu, ob die vor ihm abzugebenden Erklärungen wirksam seien und zu einer Eintragung führen könnten. Deshalb dürfe es seine Mitwirkung auch dann nicht versagen, wenn es die materielle Wirksamkeit der Erklärungen bezweifle. Dies gelte insbesondere auch dann, wenn eine Ordnungsvorschrift der Eintragung entgegenstehe. Durch die Vorschrift des § 48 Abs. 1 pr. GBO. würden die Beteiligten in Ansehung des Abschlusses eines bindenden Vertrages in Abhängigkeit von dem Ermessen des Grundbuchamtes gebracht und damit in unzulässiger Weise in ihrer rechtsgeschäftlichen Tätigkeit beschränkt." Die Anwendung des § 185 BGB. auf die Eigentumsübertragung würde überhaupt vereitelt werden, wenn der Grundbuchbeamte berechtigt wäre, die Auflassung seitens eines Nichteigentümers abzulehnen. Erfolgt jedoch der Eintragungsantrag, so hat das Grundbuchamt allerdings nach § 18 GBO. den Antrag sogleich zurückzuweisen oder eine Frist zur Nachbringung der Genehmigung bzw. der Vollmacht zu bestimmen.

Ist der Nichtberechtigte als Eigentümer im Grundbuch eingetragen und der Erwerber gutgläubig, so daß er auf Grund des § 892 BGB. rechtswirksam das Eigentum erwirkt, so darf das Grundbuchamt die Eintragungsbewilligung dieses Erwerbers nicht beanstanden. In diesem Falle erwirbt ja der Erwerber durch die Eintragung Eigentum ohne das Hinzutreten einer besonderen Genehmigung. Es steht also der beantragten Eintragung ein Hindernis im Sinne von § 18 GBO. nicht mehr im Wege.

Der Genehmigende hört solange nicht auf, der Berechtigte zu sein, bis die Eintragung des Erwerbers erfolgt ist. Bis zu diesem Zeitpunkt ist er daher dinglich nicht gehindert, über das Grundstück anderweitig zu verfügen. Wenn also B. in dem vorigen Beispiel, ohne in Konkurs gefallen zu sein, sein Grundstück nach der Verfügung des A. belastet hat, oder Zwangshypotheken gegen ihn eingetragen worden sind, so erwirbt C. im Falle der späteren Genehmigung nur das so belastete Eigentum [4]).

An dem Erfordernis der Gleichzeitigkeit der Erklärungen des Berechtigten und des Erwerbers fehlt es auch im Falle der Genehmigung durch den Berechtigten nicht. Die Verfügung wird zwar erst in dem Augenblick wirksam, in dem der Berechtigte sie genehmigt. Nach § 184 Abs. 1 BGB. wirkt jedoch die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Durch die Rückwirkung ist demnach dem Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit der Parteien Genüge geschehen. Auch hiergegen wendet sich Eccius [5]). Er begründet seine Ansicht mit der sprachlichen Verschiedenheit des § 185 Abs. 1 und 2 BGB. In Absatz 1 heißt es, „Die Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt." Absatz 2 lautet dagegen, „Die Verfügung w i r d wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt." Hieraus folgert Eccius, daß die Einwilligung die vorherige Zustimmung ex tunc wirke, die Genehmigung zur Verfügung aber ex nunc; eine Rückwirkung der Genehmigung liege nicht vor, die Auflassung könne daher auch nicht rechtswirksam werden, da es an dem Formerfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit fehle.

Förster [6]) führt gegen diese Auffassung mit Recht an, daß die an und für sich ungültige Verfügung des Nichtberechtigten ja erst im Augenblick der Genehmigung wirksam werde, sie habe nach der allgemeinen Regel des § 184 Abs. 1 BGB. rückwirkende Kraft. Dem Umstande, daß der Gesetzgeber einmal „ist wirksam" und das andere Mal „wird wirksam" sagt, könne

---

[4]) Vgl. Förster im Recht 1901, S. 115.
[5]) Gruchots Beitr., Bd. 47, S. 63.
[6]) Recht 6, S. 115.

keineswegs eine solche Bedeutung beigemessen werden, daß aus ihr allein eine Verschiedenheit der zeitlichen Wirkung herzuleiten sei.

Dronke [7]) ist der Meinung, daß die Auflassung seitens eines Nichteigentümers, der das Grundstück erst erwerben will, nichtig sei, weil sie durch Zustandekommen dieses Erwerbes bedingt werde.

Nach § 925 Abs. 2 BGB. ist die Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam.

Als Bedingung in diesem Sinne wird die Rechtsbedingung aber nicht angesehen. Unter einer Rechtsbedingung versteht man nicht wie bei der echten Bedingung ein zukünftiges ungewisses Ereignis, von dessen Eintritt oder Nichteintritt die Parteien die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht haben, sondern die Hinzufügung einer Bestimmung, durch die die Wirkung des Rechtsgeschäfts von einem Umstande abhängig gemacht wird, von dem sie kraft Gesetzes abhängt. Oertmann [8]) sagt in diesem Falle, daß dem Geschäft eine nachholbare Wirksamkeitsvoraussetzung fehle. Er bezeichnet infolgedessen die Rechtsbedingung als eine nachholbare, aber beim Geschäftsabschluß selbst noch ausstehende Wirksamkeitsvoraussetzung.

Erklärt also ein Nichteigentümer, der das Grundstück erst erwerben will, die Auflassung, so wird diese kraft gesetzlicher Vorschrift mit dem Eigentumserwerb wirksam; es liegt eine Rechtsbedingung vor, die nicht als Bedingung im Sinne von § 925 Abs. 2 anzusehen ist.

Zweifelhaft ist, ob es genügt, wenn die Genehmigung dem Grundbuchamte in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen wird, oder ob dieses außerdem auch zu prüfen hat, ob die Genehmigung dem einen oder dem anderen Teil erklärt worden ist, da die Genehmigung ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist.

Die erstere Ansicht vertritt das Bayrische Oberste Landesgericht [9]), in dem es ausführt, daß in den Fällen, in denen die Genehmigungserklärungen in notarieller Urkunde abgegeben wurden, damit der Notar sie dem Grundbuchamte vorlege und dieses die genehmigte Auflassung eintrage, es des Nachweises dafür, daß die Genehmigungserklärung entsprechend dem § 184 BGB. dem anderen Teil gegenüber erfolgt sei, nicht bedarf. Den entgegengesetzten Standpunkt hat das Kammergericht [10]) in verschiedenen Entscheidungen eingenommen. Aus Gründen der Verkehrssicherheit möchte ich der letzteren Ansicht den Vorzug geben.

---

[7]) DJZ. 1901 S. 233.
[8]) Oertmann, Die Rechtsbedingung, S. 28.
[9]) Bd. 3 S. 439; Bd. 5 S. 42.

11. Die Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.

Gemäß § 925 BGB. ist eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam. Der Grund für diese Bestimmung liegt im Wesen und in der Einrichtung des Grundbuches. Aus diesem soll deutlich zu erkennen sein, wer Eigentümer des Grundstücks ist. Würde die Auflassung unter einer Bedingung erklärt werden können, so müßte zunächst die Bedingung auch der Eintragung hinzugefügt werden. Der Zweck des Grundbuchs würde hierdurch aber vereitelt. Es würde immer eine Unsicherheit über die Eigentumsverhältnisse bestehen, da man bei Einsicht des Grundbuchs nicht wissen kann, ob die Bedingung schon eingetreten ist oder nicht [1]).

§§ 870—871 Entwurf 1 ließen eine auflösend bedingte und befristete Auflassung zu. Der Eigentumsübergang sollte allerdings auch hierbei unbedingt und unbefristet erfolgen. Dafür sollte aber ein Rückfallsrecht des Veräußerers als besondere Belastung eingetragen werden. Trat nun die Bedingung ein, so sollte das Eigentum wieder kraft Gesetzes auf den früheren Eigentümer übergehen. Da der Erwerber aber noch als Eigentümer im Grundbuch eingetragen war, so war dem Veräußerer ein Berichtigungsanspruch gegen den Käufer gegeben. Die Kommission für die zweite Lesung hob den Unterschied zwischen aufschiebender und auflösender Bedingung als widerspruchsvoll auf [2]). Bei dieser Regelung hätte man aus dem Grundbuch ebenfalls nie mit Deutlichkeit ersehen können, wer eigentlich Eigentümer des Grundbuchs war, da ja die Bedingung schon eingetreten sein konnte, ohne daß das Grundbuch berichtigt war.

Soll das Eigentum bis zu einem Termin (z. B. Zahlung des Kaufpreises) vorbehalten sein, so muß die Auflassung zunächst unterbleiben; soll das Eigentum unter einer auflösenden Bedingung oder bis zu einem Endtermin übertragen werden, so kann nur eine unbedingte bzw. unbetagte Auflassung mit der Folge unbeschränkter Eigentumsübertragung für den Erwerber erteilt werden. Nur eine Sicherung durch eine Vormerkung ist in diesem Falle möglich. Dies hat im Falle des Eintritts der Bedingung die Wirkung, daß von dem als Eigentümer Eingetragenen getroffene Verfügungen gemäß § 883 Abs. 2 BGB. unwirksam sind. Derjenige, zu dessen Gunsten die Vormerkung eingetragen ist, kann von dem durch die Verfügung Begünstigten nach § 883 BGB. die Löschung des für ihn eingetragenen Rechts verlangen. Diese Regelung entspricht dem System des Grundbuchs,

---

[1]) Motive III S. 318 ff.
[2]) Prot. III S. 181.

birgt allerdings auch gewisse Nachteile in sich. Bei der Resolutivbedingung sind z. B. zwei Auflassungen erforderlich, die den Parteien erhebliche Mühe und Kosten verursachen. Bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde von einer Seite die Auffassung vertreten, daß die Vormerkung zur Sicherung fertiger, aber illiquider Ansprüche diene und deswegen zur Sicherung eines bedingten oder betagten Eigentumserwerbes ohne eine besondere gesetzliche Bestimmung nicht zulässig sei, weil es sich bei der bedingten oder betagten Auflassung um ein unfertiges, wenn auch völlig liquides Recht handele. Diese Auffassung zieht dem Anwendungsgebiet der Vormerkung zur Sicherung obligatorischer Ansprüche zu enge Schranken.

Wie schon dargelegt, fällt unter § 883 Abs. 2 nicht die sogenannte Rechtsbedingung. Zulässig ist also z. B. die Zufügung der Bedingung, daß der auflassende Nichteigentümer demnächst als Eigentümer eingetragen werde.

Durch die Anordnung einer Nacherbfolge wird allerdings ein Zustand bezüglich des zur Erbschaft gehörenden Grundstücks erzeugt, der als auflösend bedingtes oder befristetes Eigentum gekennzeichnet werden kann. Eine Durchbrechung des Grundsatzes von § 925 Abs. 2 BGB. ist aber hierin nicht zu erblicken.

12. Die Verfügungsbeschränkung bei der Grundstücksübereignung durch die Bundesratsverordnung vom 15. März 1918 und des preußischen Grundstücksverkehrsgesetzes vom 10. Februar 1923.

Der Bundesrat hat auf Grund des § 3 des Gesetzes über die Ermächtigung des Bundesrates zu wirtschaftlichen Maßnahmen usw. vom 4. August 1914 (RG. Bl. 327) eine für den Grundstücksverkehr äußerst wichtige Verordnung erlassen. Diese Verordnung hat die Bedeutung eines Reichsgesetzes und ist auch über die Dauer des Krieges hinaus in Gültigkeit geblieben. Nach dieser Verordnung bedarf die Auflassung eines landwirtschaftlichen Grundstücks über 5 ha Größe der behördlichen Genehmigung. Letztere wird versagt bei land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücken, wenn der Erwerber nicht gelernter Landwirt [1]) ist oder wenn das Geschäft den Interessen der Volksernährung zuwiderläuft oder eine unwirtschaftliche Zerschlagung oder umgekehrt eine bauernfeindliche Vereinigung bringt oder wenn die Notlage des Eigentümers ausgenutzt wird. Fehlt die erforderliche Genehmigung, so ist die Auflassung schwebend unwirksam, wird aber durch nachträgliche Erteilung voll wirksam [2]). Zwar geht

[1]) K. G. Z. 53, 139.
[2]) Vgl. Enneccerus, § 61, 4; RG. E. 108, 94.

aus der Bekanntmachung hervor, daß sie vorherige Einholung der Genehmigung verlangt, denn § 7 Nr. 1 bedroht denjenigen mit Strafe, der ohne die erforderliche Genehmigung ein Grundstück auflässt oder sich auflassen läßt. Da die Bekanntmachung das Interesse der Allgemeinheit schützt, so stellt sich die Strafbestimmung als ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB. dar. Nach dieser Vorschrift ist jedoch ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes Rechtsgeschäft nur dann nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Vorliegend ist aber aus der Bekanntmachung ein anderes zu entnehmen [3]), so daß die ohne vorherige Zustimmung erklärte Auflassung nicht nichtig, sondern nur schwebend unwirksam ist.

Die durch die Verordnung angeordnete Verfügungsbeschränkung bedarf, weil sie dem Gemeinwohl, nicht dem Schutze bestimmter Personen dient, zu ihrer Wirksamkeit weder überhaupt, noch gegen Dritte der Eintragung in das Grundbuch [4]). Ist auf Grund eines genehmigungspflichtigen, aber nicht genehmigten Rechtsgeschäfts der Erwerber in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen, so vermag auch der öffentliche Glaube des Grundbuchs den erstrebten Rechtserwerb nicht zu vermitteln. Die Auflassung überträgt kein Eigentum, auch wenn der Erwerber von der erforderlichen Genehmigung nichts gewußt haben sollte. Die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer in das Grundbuch macht dieses unrichtig. Ist aber trotz der Bestimmung des § 7 Nr. 1 die Eintragung des Erwerbers ohne Einholung der Genehmigung erfolgt, so erwächst für das Grundbuchamt, sobald es die Unrichtigkeit erkennt, die Pflicht, nicht sie zu beseitigen, aber nach § 54 Abs. 1 GBO. einen Widerspruch von Amts wegen einzutragen. Sobald die Genehmigung später erteilt wird, so ist der Widerspruch zu löschen, da mit Erteilung der Genehmigung das Grundbuch richtig wird [5]).

Auch Preußen hat am 10. Februar 1923 ein der Bundesratsverordnung entsprechendes Grundstücksverkehrsgesetz erlassen [6]), welches am 1. Juli 1926 außer Kraft treten sollte. Dieses Gesetz erfordert die Genehmigung des Gemeindevorstandes (Landrats) zu allen schuldrechtlichen Geschäften, die die Veräußerung eines Grundstücks oder Grundstücksteils oder die Bestellung oder Uebertragung eines Erbbaurechts oder die Bestellung eines Grundstücksnießbrauchs zum Gegenstand haben; fehlt es an einer gültigen Genehmigung des schuldrechtlichen Geschäfts, so bedarf die Auflassung oder Eintragungsbewilligung der Genehmigung.

---

[3]) Vgl. RG. in Gruchot, Bd. 67, S. 313 ff.
[4]) Vgl. RG. RK. Anm. 11 zu 892.
[5]) Vgl. Predari in Gruchot, Bd. 62 S. 433.
[6]) Novellen v. 24. 5. 1923 u. v. 20. Juli 1925.

Zunächst entstanden begründete Zweifel an der Gültigkeit dieses Gesetzes. Für die Grundstücksveräußerungen hat das Reichsgericht und das Kammergericht die Gültigkeit bejaht [7]). Streit entstand auch darüber, ob sich das Gesetz rückwirkende Kraft beilegte, es bestimmt nämlich, daß es mit der Verkündung in Kraft trete, daß es aber nicht gelte, wenn die Auflassung oder Eintragung im Grundbuch in Erfüllung eines vor dem 1. Januar 1923 abgeschlossenen Rechtsgeschäfts (nach dem 16. Februar 1923) erfolge. Streitig wurden diejenigen Rechtsgeschäfte, bei denen sowohl der schuldrechtliche Vertrag wie die Auflassung zwischen dem 1. Januar und dem 16. Februar 1923 geschahen, aber die Eintragung erst nach dem 16. Februar 1923 geschehen sollte. Das Reichsgericht und das Kammergericht nahmen einen entgegengesetzten Standpunkt ein. Ein preußisches Gesetz vom 20. Juli 1923 hat dann den Genehmigungszwang für die nach dem 3. Aug. 1923 neu abgeschlossenen Verträge aufgehoben und weiterhin erklärt, daß die zwischen dem 1. Januar und dem 16. Februar 1923 abgeschlossenen Geschäfte genehmigungspflichtig seien und hiermit die Ansicht des Reichsgerichts bejaht.

Ein lebhafter Streit entspann sich ferner über die sogenannten Schwarzverkäufe. Vielfach wurde in der Inflationszeit zur Ersparung von Wertzuwachssteuern in der notariellen Verkaufsurkunde ein niedrigerer Kaufpreis gesetzt als er wirklich zwischen den Parteien vereinbart worden war. In diesem Falle waren beide Verträge nichtig, der notarielle wegen Simulation und der mündliche Kaufvertrag wegen Formmangels. Der mündliche Vertrag konnte gemäß § 313 BGB. dann durch gültige Auflassung und Eintragung geheilt werden. War nun die nach dem Grundstücksverkehrsgesetz erforderliche Genehmigung zu dem simulierten notariellen Vertrage erteilt, so ist sie ohne Bedeutung, da dieser Vertrag nichtig ist. Der heilbare mündliche Vertrag war nicht genehmigt, es kam also auch keine wirksame Auflassung zustande, da bei Nichtgenehmigung des Kausalgeschäfts die Auflassung selbst der Genehmigung bedurft hätte.

Gleiches gilt für die notariellen Schwarzverkäufe von 1923, bei denen die Auflassung und Eintragung ohne Genehmigung nach dem 1. Januar 1923 erfolgten [8]). Ist dagegen die obrigkeitliche Genehmigung nicht zu dem schuldrechtlichen Vertrage, sondern nur zu der Auflassung erteilt, so ist sie gültig. Nach § 1 des Gesetzes stand es im Belieben der Behörde, ob sie die Genehmigung nur zu dem Kaufvertrage oder nur zu der Auflassung oder zu beiden erteilen wollte. Ist sie nur zur Auflassung erteilt, so hat sie zusammen mit der Eintragung den münd-

---

[7]) Vgl. RG. E. 108, S. 359; KG. Z. M. Bl. 1923, 690; JW. 1924, 784.
[8]) Vgl. Enneccerus, Bd. 3, § 61, 4 c.

lichen Verkauf nach § 313 Satz 2 BGB geheilt. Dieser Auffassung steht auch § 139 BGB. nicht entgegen. Die Auflassung ist zwar in demselben Protokoll beurkundet worden, in welchem der nichtige Kaufvertrag aufgenommen worden ist. Gleichwohl ergreift die Nichtigkeit des Kaufvertrages, wie er protokolliert worden ist, nicht auch die Auflassung. Bei der Selbständigkeit, die nach dem BGB. den dinglichen Erfüllungsgeschäften gegenüber den obligatorischen Verpflichtungsgeschäften innewohnt, kann die in § 139 BGB. vorausgesetzte Verknüpfung beider jedenfalls dann nicht angenommen werden, wenn die Parteien das nichtige schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft in Wahrheit gar nicht gewollt, es vielmehr nur zur Verdeckung eines anderen, wirklich gewollten Rechtsgeschäfts erklärt und dieses letztere durch die Auflassung haben erfüllen wollen [9]).

War die Genehmigung zugleich zu dem simulierten notariellen Verkauf und zu der Auflassung erteilt, so nimmt die Praxis an, daß die Genehmigung im ganzen unwirksam, die Auflassung also auch unwirksam sei [10]). Die Genehmigung kann vom Verkäufer und vom Käufer, und zwar von jedem allein auch nachträglich nachgesucht werden [11]). Hatte aber der Verkäufer schon vor der nachträglichen Genehmigung seine Wiedereintragung im Wege der Berichtigung erreicht, so kann die Genehmigung der Auflassung den Käufer kein Eigentum mehr verschaffen; es bedarf dazu einer neuen Eintragung [12]).

---

[9]) Vgl. RG. Bd. 104 S. 102 ff. Celle, JW. 1926 S. 1029.

[10]) RG. JW. 1925, S. 1234; KG. JW. 1926, S. 837; Wietfeld, D. Not. Z. 1927, S. 18.

[11]) RG. Bd. 121, 376; RG. Bd. 117, 26; JW. 1926 S. 2303.

[12]) Wolfsohn, Jur. Rsch. 1929, S. 53; Breslau, Jur. W. 1929, S. 789.

Lebenslauf.

Ich wurde am 11. 11. 1901 in Arnsberg als Sohn des Katasterinspektors Gustav Hickmann und seiner Ehefrau geboren. Auf der Oberrealschule 1 in Kassel legte ich das Abiturientenexamen ab. Hiernach arbeitete ich zunächst drei Jahre in Kassel auf einer Privatbank und studierte alsdann auf den Universitäten in Marburg und Bonn. Das Referendarexamen habe ich in Köln und nach dreijähriger weiterer Ausbildung das Assessorexamen in Berlin abgelegt.